



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2004

L'influence des instruments internationaux d'uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat.

Babusiaux, Ulrike

Abstract: Le présent ouvrage est consacré à la plus importante réforme qu'ait connue le BGB en un siècle d'existence. Le déclencheur de la loi du 26 novembre 2001 a été la nécessaire transposition de la Directive européenne de 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. De larges pans du droit des obligations ont été réformés. Ainsi, les règles applicables en cas de défaillance du débiteur ont été reconstruites autour de la notion unitaire de violation d'obligation. Le droit de la vente a été puissamment rénové en fonction du droit commun. Le contrat d'entreprise et le contrat de prêt de consommation ont été réaménagés. Le droit de la prescription a été profondément renouvelé en faveur d'un salubre raccourcissement du délai de droit commun. Des institutions prétorienne ont été intégrées dans le BGB, tout comme d'importantes lois de protection des consommateurs. Le rôle du BGB en sort puissamment renforcé. L'ouvrage reprend les actes d'un colloque organisé à Paris le 31 mai 2002 par le Centre juridique franco-allemand et le Centre de recherches de droit civil européen de l'Université de la Sarre et publiés depuis à la Revue internationale de droit comparé. Ces actes ont été complétés par des études nouvelles, grâce auxquelles le lecteur bénéficiera d'une vue complète et actualisée de la réforme et pourra mieux la mesurer par rapport aux grands instruments internationaux d'uniformisation du droit qui l'ont inspirée. Une traduction en langue française des principales normes du BGB issues de la réforme et la reproduction de leur version originale en langue allemande complètent de manière heureuse l'analyse du nouveau droit allemand des obligations. C'est dire que le présent ouvrage rendra de précieux services aux juristes francophones, théoriciens et praticiens, qui portent un intérêt au droit allemand et plus généralement au droit privé européen, à une époque d'intenses discussions autour d'un Code européen des contrats. Il vient aussi à point nommé en France qui n'a pas encore transposé la Directive de 1999 et où l'on prépare, en cette année du bicentenaire, une révision du Titre III du Livre troisième du Code civil

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-170790>
Book Section

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (2004). L'influence des instruments internationaux d'uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat. In: Witz, Claude; Ranieri, Filippo. La réforme du droit des obligations allemand. Paris: Société de législation comparée, 167-201.

DROIT PRIVÉ COMPARÉ
ET EUROPÉEN

*Dirigée par Bénédicte
Fauvarque-Cosson*

Volume 3

LA RÉFORME DU DROIT ALLEMAND DES OBLIGATIONS

Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects

SOUS LA DIRECTION DE

CLAUDE WITZ ET FILIPPO RANIERI



SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

Droit privé comparé et européen
Collection dirigée par Bénédicte Fauvarque-
Cosson
Volume 3

LA RÉFORME DU DROIT ALLEMAND DES OBLIGATIONS

Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects

SOUS LA DIRECTION DE

CLAUDE WITZ ET FILIPPO RANIERI

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE
28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris, France
tel : 33 (0) 1 44 39 86 23
fax : 33 (0) 1 44 39 86 28
e-mail : slc@legiscompare.com
www.legiscompare.com

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (alinéa 1er de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

© Société de législation comparée - 2004

I.S.B.N. 2-908199-33-5

I.S.S.N. 1761-2632

Table des matières

Avant-propos, par Filippo Ranieri et Claude Witz	7
--	---

ACTES DU COLLOQUE

Claude Witz , Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France	11
Filippo Ranieri , La nouvelle partie générale du droit des obligations.....	19
Winfried-Thomas Schneider , La codification d'institutions prétoriennes	39
Wolfgang Rosch , Le nouveau droit de la vente : présentation générale ...	51
Jochen Bauerreis , L'action récursoire dans les chaînes de contrats : aspects de droit interne et de droit international privé.....	73
Frank Heseler , Le nouveau droit du contrat d'entreprise.....	89
Jochen Bauerreis , Le nouveau droit des conditions générales d'affaires...	97
Jochen Bauerreis , Le nouveau droit de la prescription	107
Claude Witz , Remarques conclusives	117

ASPECTS NOUVEAUX

Annette Kull , L'intégration du droit de la consommation dans le BGB	121
Wolfgang Rosch et Winfried-Thomas Schneider , Le nouveau droit du prêt de consommation	145
Ulrike Babusiaux , L'influence des instruments internationaux d'uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat	167
Claude Witz , Le nouveau droit allemand de la vente sous le double éclairage de la Directive et de la Convention de Vienne.....	203
Frank Heseler et Annette Kull , Du nouveau en matière de réparation du dommage : les apports de la loi du 19 juillet 2002.....	217
Wolfgang Rosch , Deux ans après	225
Florence N'Diaye , Nouvelles dispositions du BGB : Versions française et allemande	233

L'INFLUENCE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX D'UNIFORMISATION DU DROIT SUR LE NOUVEAU DROIT ALLEMAND GÉNÉRAL DES TROUBLES DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Ulrike BABUSIAUX*

Le nouveau droit allemand des obligations doit son existence au droit communautaire. En effet, le Ministère de la justice a profité de la nécessaire transposition de trois Directives européennes¹ pour imposer la « grande

* *Assessorin*, Assistante à l'Université de la Sarre. L'auteur tient à remercier Mme F. N'DIAYE pour les corrections de langue et de style. Toute erreur subsistante relève de la seule responsabilité de l'auteur.

Abréviations (la bibliographie est à jour en mai 2003) : *DisK-E* = « *Diskussionsentwurf* » (projet de discussion) du Ministère de la Justice du 4 avril 2000. *KF* = « *Konsolidierte Fassung* » (version consolidée [du projet de discussion]) de la Commission du 6 mars 2001. *RE* = « *Regierungsentwurf* » (proposition de loi du gouvernement) du 31 août 2001 (identique à la proposition de loi des fractions (*Fraktionsantrag*) du 14 mai 2001 = BT-Drucksache 14/6040). Tous les projets sont consultables sous www.stephan-lorenz.de/schumod. PICC = UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* de 1994. La version anglaise est consultable sur Internet: <http://www.unidroit.org>. V. pour la version française <http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/Conventions/unidrt-fr.htm>. PECL = *Principles of European Contract Law* de 1995 et de 1998 (version complétée et révisée); La version anglaise est consultable sur: <http://www-ius.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/>; V., pour la version française (*Principes du droit européen du contrat*) G. ROUHETTE, avec le concours de I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, coll. « Droit privé comparé et européen », dirigée par B. FAUVARQUE-COSSON, vol. 2, 2003, Paris, Société de législation comparée.; *Jahrbuch 2001: Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler* (éd. NEUMANN, D. / HELMS, T. et al.), « Das neue Schuldrecht », *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Boorberg, Stuttgart, 2001. BASEDOW, J. (éd.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Mohr Tübingen 2000, DAUNER-LIEB, B. / KONZEN, H. / SCHMIDT, K. (éd.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente-Brennpunkte-Ausblick*, Köln u. a. 2003 (Heymanns). ERNST, W. / ZIMMERMANN, R. (éd.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen 2001. LANDO, O. / BEALE, H. (éd.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised. Prepared by The Commission of European Contract Law*. Chairman : Professor O. LANDO, Den Haag, London, Boston, 2000 (Kluwer International). SCHULZE, R. / SCHULZE-NÖLKE, Hans (éd.): *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Tübingen 2001.

¹ Directive 1999/44 du 25 mai 1999 ; Directive 2000/31 du 8 juin 2000 ; Directive 2000/35 du 29 juin 2000.

solution », c'est-à-dire la mise en œuvre de la réforme du droit des obligations en général². Le nouveau droit n'est pas seulement le fruit de cette impulsion du droit externe, mais son contenu est également inspiré par le droit uniforme européen et international. Déjà le rapport rédigé par U. Huber³ pour la Commission de réforme du droit des obligations de 1984⁴ se fondait sur les règles de la Convention de Vienne (CVIM). Les travaux préparatoires de la réforme actuelle ont repris cette référence à la CVIM et se réfèrent parfois aussi aux nouveaux textes des Principes du droit européen du contrat (PECL) et aux Principes Unidroit, relatifs aux contrats du commerce international (PICC). Mais surtout, la conformité du nouveau droit allemand à ces textes du droit uniforme a joué un rôle dans le débat entre les adversaires et les défenseurs de la réforme⁵. Force est ainsi de constater que le droit uniforme constitue désormais une source d'inspiration de la politique législative nationale⁶.

Sans revenir sur cette polémique, la présente contribution examinera l'impact concret du droit uniforme sur la nouvelle réglementation, à l'exemple d'une partie importante de la réforme: le droit général des troubles de l'exécution. Le rappel des changements intervenus, à cet égard, en droit allemand et l'examen comparatif de ces changements avec les textes du droit uniforme permettront une évaluation de l'influence du droit uniforme sur la législation allemande.

² Pour un bref aperçu du déroulement de la réforme, V. par ex. (en langue française) Cl. WITZ, « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France ? », *supra* p. 11 ; M. SCHLEY, D. 2002, 1738-1740. Pour un exposé des raisons du Ministère, V. H. DÄUBLER-GMELIN, « Die Entscheidung für die so genannte Grosse Lösung bei der Schuldrechtsreform », *NJW* 2001, 2281-2289.

³ U. HUBER, « Leistungsstörungen » in *Bundesminister der Justiz: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1981. Dans le débat sur la réforme actuelle, U. HUBER a pris ses distances sur ses propositions de l'époque, V. notamment U. HUBER, « Das geplante Recht der Leistungsstörungen » in ERNST/ZIMMERMANN 2001, 49-59.

⁴ Pour l'histoire de cette réforme, V. R. ZIMMERMANN, « Schuldrechtsmodernisierung? », *JZ* 2001, 171-181 ; En langue française, V. F. RANIERI, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *supra*, p.19 avec références en note 3. Le DiskE reprend souvent littéralement le rapport de la Commission.

⁵ La polémique portait entre autres sur la question de savoir si le droit allemand était « moderne », c'est-à-dire conforme au droit uniforme ou non. V. à titre d'exemple (concernant le Disk-E) U. HUBER, « Das geplante Recht der Leistungsstörungen » in ERNST/ZIMMERMANN 2001, 31-183 ; P. SCHLECHTRIEM, « 10 Jahre CISG – Der Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts », *IHR* 2001, 12-18 ; de même A. HOLM, « Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht des Entwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz », *ZIP* 2001, 184-189.

⁶ La relation entre le droit interne et des principes du droit uniforme (l'influence des principes sur le droit interne) est examinée par C.-W. CANARIS, « Die Stellung der ‚Unidroit-Principles‘ und der ‚Principles of European Contract Law‘ im System der Rechtsquellen », in J. BASEDOW 2000, 5-31.

Cette recherche se limitera à l'étude du changement primordial intervenu dans le droit des troubles de l'exécution, l'introduction d'une notion unitaire d'inexécution. L'importance de ce changement ne peut se comprendre que par l'examen des répercussions qu'il a sur le droit de la responsabilité (*Schadenersatz*) et de la résolution (*Rücktritt*)⁷ en tant que sanctions essentielles d'une inexécution. Ainsi, après une comparaison de la nouvelle catégorie de la « violation d'une obligation » (*Pflichtverletzung*) en droit allemand avec la notion comparable d'inexécution en droit uniforme (I), seront examinées les conditions concrètes de la réparation de l'inexécution (II) et de la résolution-sanction dans les deux corps de droit (III).

I. - LES TRAITS GÉNÉRAUX DU NOUVEAU CONCEPT DE LA DÉFAILLANCE CONTRACTUELLE

L'introduction d'une notion unitaire de violation d'une obligation en tant que notion centrale est perçue comme un changement de paradigme⁸ par les juristes allemands. Malgré ce changement, le droit allemand préserve ses spécificités par rapport au droit uniforme, qui a parrainé cette nouvelle conception.

A. - Une nouvelle notion en droit allemand inspirée par le droit uniforme

Le BGB connaissait dans sa réaction issue de 1900 deux troubles, qui constituaient deux fondements juridiques de l'inexécution du contrat : l'impossibilité de la prestation (*Unmöglichkeit*) et l'inexécution temporaire, c'est-à-dire le retard dans l'exécution (*Verzug*)⁹. La jurisprudence jugeant

⁷ La codification des institutions prétorienne, telles que la violation positive du contrat (*positive Forderungsverletzung*), *culpa in contrahendo* (responsabilité précontractuelle), droit de résolution extraordinaire (*ausserordentliche Kündigung im Dauerschuldverhältnis*) et la disparition du fondement contractuel (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), qui constitue un autre relais important de la réforme du droit général des troubles de l'exécution du contrat, est censée ne pas déroger au droit existant et ne permet donc pas l'examen de l'influence du droit uniforme sur la réforme allemande. V., à propos de cette codification en langue française W.-T. SCHNEIDER, « La codification des institutions prétorienne », *supra* p.39.

⁸ P. SCHLECHTRIEM, « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung » in *Jahrbuch* 2001, 17: « grundlegender Paradigmenwechsel ».

⁹ Pour une analyse plus détaillée en langue française, V. F. RANIERI, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand » in M. FONTAINE/G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant/ LGDJ 2001, 811-835 ; M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, Paris 1993, 181-232 ; Cl. WITZ, *Le droit allemand*, Dalloz 2001, 108-112.

rapidement cette réglementation trop étroite¹⁰ y avait ajouté le fondement de la violation positive du contrat (*positive Forderungsverletzung*) et la responsabilité pour faute précontractuelle (*culpa in contrahendo*). Avant la réforme intervenue en 2002, le constat d'une inexécution du contrat n'était donc pas suffisant pour déterminer les sanctions encourues par le débiteur défaillant. Afin de pouvoir sanctionner l'inexécution, il fallait d'abord la « classer » dans une des catégories énoncées précédemment¹¹, ce qui était parfois difficile.

Le droit allemand des obligations connaît aujourd'hui un seul fondement de la responsabilité contractuelle¹². Le nouveau § 280, alinéa 1^{er}, phr. 1 du BGB prévoit ainsi que « si le débiteur viole une obligation issue du rapport d'obligation, le créancier peut réclamer la réparation du préjudice qui en résulte ». Le même constat vaut en principe¹³ pour la résolution prévue par le nouveau § 323, alinéa 1^{er} du BGB, qui énonce : « Dans le cas où le débiteur d'un contrat synallagmatique n'exécute pas la prestation exigible ou l'exécute de manière non conforme, le créancier peut résoudre le contrat lorsqu'il a imparti au débiteur sans succès un délai raisonnable pour l'exécution ou l'exécution corrective ». Ainsi, les deux normes ont pour objectif de ne plus distinguer selon la nature de la violation du contrat par le débiteur. La nouvelle notion unitaire de violation d'une obligation englobe « tout comportement d'une des parties contractantes qui s'écarterait de la liste des obligations instituées par le § 241 BGB »¹⁴. Comme auparavant, la notion d'obligation ainsi visée comprend les obligations liées à la prestation même (*Leistungspflichten*), mais aussi les obligations de sécurité (*Schutzpflichten*). Cette vision globale des obligations concernées est mise

¹⁰ Il est vraisemblable qu'une telle lacune n'existait pas selon les intentions du législateur, qui concevait une notion plus large de l'impossibilité, V. R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, 809-812, dans le contexte de la réforme V. U. HUBER, « Das geplante Recht der Leistungsstörungen », in ERNST/ZIMMERMANN, 51-59; T. J. CHIUSI, « Modern, alt und neu : Zum Kauf nach BGB und römischem Recht », *Jura* 2003, 72-75.

¹¹ Pour le droit antérieur, V., en langue française F. RANIERI, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand » in M. FONTAINE/G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles / LGDJ, Paris, 2001, 811-835 avec bibliographie note 1 et 2.

¹² Le but affiché était l'abandon de la prédominance de l'impossibilité et son remplacement par une conception unitaire de « *Pflichtverletzung* », vgl. *BT-Drucksache* 14 / 6040, 84.

¹³ Au moins selon les intentions du législateur qui souligne que les § 324 et 326 du nouveau BGB ne sont pas destinés à déroger au principe unitaire posé par le § 323 du BGB, V. *BT-Drucks.* 14/6040, p.182 s. Cette conception était plus nette dans la KF, mais soumise à des vives critiques.

¹⁴ St. LORENZ/T. RIEM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002, p. 90 s., n°172. Le renvoi au § 241 BGB permet de tenir compte également des obligations de sécurité ou accessoires. La doctrine allemande connaît depuis longtemps la différence entre le rapport d'obligation au sens plus strict (*Schuldverhältnis im engeren Sinne*, aujourd'hui § 241 al. 1^{er}) et le rapport d'obligation au sens plus large (*Schuldverhältnis im weiteren Sinne*, aujourd'hui § 241 al. 2) V. les remarques de J. SCHAPP, *JZ* 2001, 583-589.

en relief par la modification du § 241 BGB¹⁵. Selon cette norme, le créancier n'a pas seulement « le droit d'exiger du débiteur une prestation » (§ 241, al. 1^{er}), mais le rapport d'obligations « peut, selon son contenu, obliger chaque partie à respecter les droits, les biens et les intérêts de l'autre » (§ 241, al. 2). La nouvelle notion de violation d'une obligation n'est donc pas réservée à la violation des obligations prévues par le contrat, telle que l'obligation principale, mais comprend aussi la violation d'obligations implicites qui touchent à la protection de l'intégrité du patrimoine et du corps du créancier¹⁶. Cette dernière catégorie d'obligations peut entrer en jeu dès l'entrée en contact des parties lors de pourparlers¹⁷.

Au cours des travaux préparatoires, on a pu estimer que la violation d'une obligation au sens du § 280 du BGB comprenait aussi l'impossibilité objective initiale (*anfängliche Unmöglichkeit*) de la prestation promise¹⁸. Selon le législateur cependant, la liste des obligations pesant sur le débiteur avant la conclusion du contrat est tout autre que celle issue du contrat¹⁹. L'impossibilité objective initiale ne constitue donc pas une violation d'obligation au sens du nouveau § 280 du BGB. Cependant, le souci d'harmonisation des conséquences d'une inexécution a amené le législateur à prévoir que la validité du contrat n'est pas affectée par l'existence d'un obstacle à la prestation lors de la conclusion²⁰. Il abandonne alors la solution du droit antérieur, selon lequel l'impossibilité objective initiale était

¹⁵ V. pour cette intention du législateur *BT-Drucks.* 14/6040, p.125.

¹⁶ Le législateur n'entend pas trancher la question de la nature contractuelle ou légale de ces obligations toujours controversée en droit allemand, V. *BT-Drucks.* 14/6040, p. 126.

¹⁷ V. § 311 al. 2 Un rapport d'obligations générateur d'obligations prévues par le § 241 al. 2 naît aussi 1. par l'engagement de pourparlers 2. par toute mesure préparatoire à la conclusion au cours de laquelle l'une des parties accorde à l'autre la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ou les lui confie, ou 3. par des rapports d'affaires similaires. Pour une explication de la norme en langue française V. W.-T. SCHNEIDER, « La codification des institutions prétorienne », *supra* p. 39.

¹⁸ V. B. DAUNER-LIEB/A. ARNOLD/W. DÖTSCH/V. KITZ, *Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, 2001, p. 52. Contre cette compréhension du § 311a, al. 2 du BGB notamment C.-W. CANARIS, « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », *JZ* 2001, 506s. V. *BT-Drucks.* 14/6040, p.165.

¹⁹ V. *BT-Drucks.* 14/6040, p.165.

²⁰ § 311a. Obstacle à la prestation lors de la conclusion du contrat. (1) La validité du contrat n'est pas affectée par le fait que le débiteur n'est pas tenu d'exécuter la prestation, conformément aux alinéas 1 à 3 du § 275 et que cet obstacle existe déjà lors de la conclusion du contrat. (2) Le créancier peut exiger au choix la réparation tenant lieu de prestation ou le remboursement de ses dépenses dans les limites déterminées par le § 284. Il n'en est pas ainsi lorsque le débiteur ne connaissait pas l'obstacle à l'exécution lors de la conclusion du contrat et qu'il n'a pas à répondre de cette ignorance. Le § 281 al. 1 phrases 2 et 3, et al. 5 s'applique par analogie.

susceptible de rendre le contrat nul et inexistant²¹, ce qui était depuis longtemps jugé insatisfaisant²².

Sous réserve de cette réglementation spéciale de l'impossibilité objective initiale, il semble ainsi, à première vue, que le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat soit aujourd'hui harmonisé autour de la nouvelle notion unitaire de violation d'une obligation.

Il est évident que l'énoncé de ce concept unitaire correspond au droit uniforme. Pour le contrat de vente, la CVIM dispose de manière presque identique: « Si le vendeur (l'art. 45) / l'acheteur (art. 61) n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention... ». On retrouve cette conception dans l'art. 8:101 (1) PECL²³ et l'art. 7.1.1 PICC²⁴ pour tous les types de contrat. Il n'est donc guère étonnant que le législateur allemand se réfère expressément au droit uniforme²⁵ pour expliquer et justifier sa nouvelle notion unitaire d'inexécution, même si la terminologie est différente. Le terme de *Pflichtverletzung* « violation d'une obligation » n'est pas identique au terme de *Nichterfüllung* « inexécution » (non-performance) du droit uniforme²⁶,

²¹ L'ancien § 306 BGB : Est nul tout contrat en vue d'une prestation impossible. Pour une brève explication des anciens § 306 et 307 BGB, V. F. RANIERI, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *supra*, p. 19 et s. et références citées.

²² V. p. ex. St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p.147, n. 293.

²³ Art. 8:101 PECL : Moyens dont dispose le créancier (1) Toutes les fois qu'une partie n'exécute pas une obligation résultant du contrat et qu'elle ne bénéficie pas de l'exonération prévue à l'article 8:108, le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9. (2) Lorsque le débiteur bénéficie de l'exonération prévue à l'article 8:108, le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9 excepté les demandes d'exécution en nature et de dommages et intérêts. (3) Une partie ne peut recourir à aucun des moyens prévus au chapitre 9 dans la mesure où l'inexécution de l'autre partie est imputable à un acte de sa part.

²⁴ Art. 7.1.1 PICC (Définition) Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive.

²⁵ V. BT-Drucks. 14/6040, p. 134-136 avec références citées.

²⁶ Un courant doctrinal aurait même préféré un alignement terminologique encore plus marqué sur le droit uniforme. Ces auteurs (C.-W. CANARIS, U. HUBER, W. FLUME) préfèrent le terme de « *Nichterfüllung* » (inexécution). Selon eux, la responsabilité est encourue parce que le débiteur n'exécute pas sa promesse contractuelle et non pas pour violation de l'obligation, car on ne peut nommer violation l'inexécution due à l'impossibilité (*impossibilia nulla est obligatio*). Pour plus de détails, V. W. FLUME, in *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentags*, 1994, t. II 2, K 240 Nr.II 5 a ; C.-W. CANARIS, « Zur Bedeutung der Kategorie der 'Unmöglichkeit' für das Recht der Leistungsstörungen » in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 59-61; U. HUBER, « Das geplante Recht der Leistungsstörungen » in ERNST/ZIMMERMANN, 2001, 53-107. (Les deux contributions concernent le DiskE, mais la version définitive préserve cette terminologie). Le terme *breach*, utilisé dans la CVIM, a été remplacé par « inexécution » (non-performance), parce que le terme *breach* en *common law* se réfère uniquement aux dommages-intérêts, tandis que le droit

sans que cette différence terminologique ait des répercussions sur le contenu de la notion elle-même²⁷.

Plus que la terminologie, c'est la mise en œuvre de la sanction de l'inexécution contractuelle qui préserve ces spécificités en droit allemand. En effet, le nouveau droit n'a pas su se séparer totalement de ses anciennes catégories d'inexécution.

B. - *La survivance de catégories différentes en droit allemand, étrangères au droit uniforme*

Au cours de la réforme actuelle, les catégories des troubles de l'exécution du contrat existantes ont été plus au moins écartées, sans qu'elles soient entièrement abandonnées.

a) *La réintroduction d'une distinction liée à la nature de l'inexécution*

Le premier projet du Ministère de la justice (DiskE), projet le plus novateur dans ce domaine, tout en tentant d'abolir la notion d'impossibilité²⁸ prévoyait lui encore des dispositions spéciales pour le retard²⁹. La version consolidée (KF) de ce projet reprend, sous l'impact d'éminents civilistes allemands³⁰, les anciennes catégories³¹. En effet, dans la version consolidée (KF), le § 280 du BGB, s'il introduit la nouvelle notion unitaire, renvoie à d'autres normes destinées à définir les conditions supplémentaires de la réparation dans différents cas d'inexécution. Ainsi se retrouve une réglementation distincte de la réparation en cas de retard d'exécution (§ 280,

uniforme prévoit aussi d'autres conséquences, V. A. HARTKAMP, « Principles of Contract Law », in A. HARTKAMP, *Towards a European Civil Code*, 1994, 47.

²⁷ Ainsi P. SCHLECHTRIEM, « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung », in *Jahrbuch* 2001, 17. Dans le même sens, D. MEDICUS, « Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht », *JuS* 2003, 521-529, 527 (« *Geschmacksfrage* », question de goût).

²⁸ V. DiskE p. 309. Critiqué par C.-W. CANARIS, « Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 44-53.

²⁹ V. U. HUBER, « Das geplante Recht der Leistungsstörungen » in ERNST/ZIMMERMANN, 2001, 154-158.

³⁰ V. la liste dans C.-W. CANARIS, « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », *JZ* 2001, 499, note I. Sont convaincus de la nécessité préceptuelle des catégories également, D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung » in J. BASEDOW 2000, 182-185; U. MAGNUS, « Der Tatbestand der Pflichtverletzung », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, qui constate que la CVIM n'a pas témoigné de la nécessité de réintroduire ces concepts (p. 73), mais qui juge ces différenciations adéquates (pp. 76 à 78).

³¹ Pour une analyse de l'influence d'Unidroit dans les différentes étapes de la réforme V. P. SCHLECHTRIEM, « International Einheitliches Kaufrecht und Neues Schuldrecht » in B. DAUNER-LIEB/H. KONZEN / K. SCHMIDT, 2003, 71-86. Il voit la portée de l'adoption de la notion unitaire dans la reconnaissance des obligations de sécurité.

al. 2, et § 286 du BGB), en cas d'impossibilité (§ 280, al. 3, et § 283 du BGB), en cas de violation d'une obligation accessoire au sens du § 241, al. 2 (§ 280, al. 3, et § 282 du BGB) et en cas d'inexécution ou exécution non conforme de l'obligation principale (§ 280, al. 2, et § 281 du BGB). Cette conception différenciée a été retenue par la loi³². Elle a pour conséquence que l'énoncé de principe, selon lequel le débiteur doit répondre de toute défaillance contractuelle, (§ 280, al. 1^{er}, phr. 1 du BGB) n'a de portée propre que dans certains cas de la violation positive du contrat ou de la responsabilité précontractuelle³³. Dans une plus large mesure encore, la notion unitaire a été abandonnée dans la réglementation de la résolution. Cette dernière est régie selon des règles différentes en cas de retard et d'exécution non conforme (§ 323, al. 1^{er}, du BGB) et en cas de violation d'une obligation de sécurité (§ 324 du BGB). De plus, la résolution interviendra de plein droit lorsque le débiteur n'est pas tenu d'exécuter en vertu des § 275, alinéas 1-3 du BGB (§ 326, al. 1^{er} du BGB)³⁴.

La notion de violation d'une obligation ne constitue ainsi pas le fondement unique de la sanction, mais a été jugée comme « condition minimale » pour sanctionner une exécution qui ne correspond pas à l'obligation convenue³⁵. Ces nouvelles distinctions remettent en cause l'objectif de simplification. Il semble en effet difficile de dire que le nouveau droit allemand des troubles de l'exécution soit plus facile à appliquer qu'auparavant³⁶. Il est de plus certain que ces différenciations n'ont pas d'équivalent en droit uniforme³⁷.

b) Les différentes catégories d'inexécution en droit uniforme

Selon le droit uniforme en effet, les dommages et intérêts sont dus pour toute inexécution du contrat (art. 45, al. 1^{er} chiff. b/art. 61 al. 1^{er} chiff. b et

³² Les aménagements apportés à la version consolidée par le projet de loi du gouvernement et par la loi même ne sont plus substantiels.

³³ V. St. LORENZ/T. RIEM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p. 90 n°171 ; U. MAGNUS, « Der Tatbestand der Pflichtverletzung » in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE 2001, 69.

³⁴ V. BT-Drucks. 14/4060, p.188. L'intégration de l'al. 5 ne change pas ce principe. L'al. 5 est destiné à permettre au créancier de mettre fin à une situation, dans laquelle il n'arrive pas à déterminer l'origine de l'inexécution par le débiteur.

³⁵ V. U. MAGNUS, « Der Tatbestand der Pflichtverletzung », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 73.

³⁶ La simplification et l'harmonisation étaient des arguments en faveur de la réforme, comp. *Begründung zum Disk-E*, 175. Sceptique déjà G. BRÜGGEMANN/N. REICH, « Europäisierung des BGB durch grosse Schuldrechtsreform ? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes », *BB* 2001, 217.

³⁷ V. U. MAGNUS, « Der Tatbestand der Pflichtverletzung », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 73.

art. 74-77 CVIM³⁸; art. 9:501³⁹ PECL, art. 7.4.1 PICC⁴⁰) inexcusable (art. 79 CVIM⁴¹; art. 8:108 PECL⁴², art. 7.1.7 PICC⁴³), sans qu'il soit tenu compte de l'aspect concret de cette inexécution. Cette observation n'est que peu atténuée par le fait que les textes uniformes connaissent également quelques règles spécifiques pour certaines catégories de troubles de l'exécution. Ainsi, les textes traitent parfois expressément du retard dans l'exécution : par exemple, les Principes Unidroit soulignent que les dommages causés par

³⁸ Art. 45 CVIM. Si le vendeur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention, l'acheteur est fondé à (...) b) demander les dommages et intérêts, prévus aux articles 74 à 77 (...) ; art. 61 CVIM. Si l'acheteur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention, le vendeur est fondé à (...) b) demander les dommages et intérêts, prévus aux articles 74 à 77 (...) ; art. 74 CVIM Les dommages et intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention (...).

³⁹ Art. 9:501 PECL Droit à dommages-intérêts (1) Le créancier a droit à dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution lorsque le débiteur ne bénéficie pas de l'exonération prévue à l'article 8:108. (2) Le préjudice réparable inclut : (a) le préjudice non pécuniaire, (b) le préjudice futur dont la réalisation peut raisonnablement être tenue pour vraisemblable.

⁴⁰ Art. 7.4.1 PICC (Droit aux dommages-intérêts) L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans ces Principes.

⁴¹ Art. 79 CVIM (1) Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

⁴² Art. 8:108 PECL: Exonération résultant d'un empêchement (1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences. (2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération prévue par le présent article produit son effet pendant la durée de l'empêchement. Cependant, si le retard équivaut à une inexécution essentielle, le créancier peut le traiter comme tel. (3) Le débiteur doit faire en sorte que le créancier reçoive notification de l'existence de l'empêchement et de ses conséquences sur son aptitude à exécuter dans un délai raisonnable à partir du moment où il en a eu, ou aurait dû en avoir, connaissance. Le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice qui pourrait résulter du défaut de réception de cette notification.

⁴³ Art. 7.1.7 PICC (Force majeure) 1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences. 2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat. 3) Le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter. Si la notification n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant du défaut de réception. 4) Les dispositions du présent article n'empêchent pas les parties d'exercer leur droit de résoudre le contrat, de suspendre l'exécution de leurs obligations ou d'exiger les intérêts d'une somme échue.

un retard dans l'exécution sont dus, même si le retard a été causé par la correction (cure) d'une prestation non conforme (art. 7.1.4 (5) PICC⁴⁴). De même, les PECL soulignent que l'empêchement temporaire du débiteur peut également constituer une inexécution essentielle (art. 8:108 (2) PECL)⁴⁵. Enfin, la Convention de Vienne et les deux autres textes du droit uniforme prévoient des intérêts moratoires en cas de retard de paiement d'une somme d'argent (art. 9:508 PECL⁴⁶; art. 7.4.9⁴⁷, art. 78 CVIM⁴⁸). De plus, il est possible de voir dans la réglementation d'exonération pour empêchement un concept proche de l'impossibilité allemande⁴⁹. Cependant, la prise en considération de ces deux catégories d'inexécution par le droit uniforme ne change pas le fondement unitaire des mesures sanctionnant une inexécution, alors que le droit allemand conserve des conditions distinctes pour les différents modes d'apparition de cette inexécution.

⁴⁴ Art. 7.1.4 PICC (Correction par le débiteur) 1) Le débiteur peut, à ses propres frais, prendre toute mesure destinée à corriger l'inexécution, pourvu que :a) il donne, sans retard indu, notification de la mesure indiquant comment et à quel moment elle sera effectuée;b) la mesure soit appropriée aux circonstances ; c) le créancier n'ait aucun intérêt légitime à la refuser ; etd) la mesure soit prise sans retard. 2) La notification de la résolution ne porte pas atteinte au droit à la correction. 3) Les droits du créancier qui sont incompatibles avec l'exécution des prestations du débiteur sont eux-mêmes suspendus par la notification effective de la correction jusqu'à l'expiration du délai prévu. 4) Le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations tant que la correction n'a pas été effectuée. 5) Nonobstant la correction, le créancier conserve le droit à des dommages-intérêts pour le retard occasionné, de même que pour le préjudice causé ou qui n'a pu être empêché. V. aussi Art. 8:104 PECL.

⁴⁵ Art. 8:108 PECL préc. ; V. aussi art. 49 al. 1^{er} b) CVIM et art. 64 al. 1^{er} b) CVIM.

⁴⁶ Art. 9:508 PECL (Retard dans le paiement d'une somme d'argent) (1) En cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, au taux bancaire de base à court terme moyen pratiqué pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué. (2) Le créancier peut en outre obtenir des dommages et intérêts pour tout autre préjudice, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la présente section.

⁴⁷ Art. 7.4.9 PICC (Intérêts pour non-paiement de somme d'argent) 1) En cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération. 2) Le taux d'intérêt est le taux bancaire de base à court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'Etat de la monnaie de paiement. En l'absence d'un tel taux à l'un ou l'autre lieu, le taux d'intérêt est le taux approprié fixé par la loi de l'Etat de la monnaie de paiement. 3) Le créancier a droit, en outre, à des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire.

⁴⁸ Art. 78 CVIM : Si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages et intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'art. 74.

⁴⁹ Ainsi notamment U. HUBER, « Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes », *ZIP* 2000, 2143, 2149 s. ; sceptique P. SCHLECHTRIEM, « Der Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und internationalen Schuldrechts », *IHR* 2001, 16 s. Du même auteur, « International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht » in : B. DAUNER-LIEB / H. KONZEN / K. SCHMIDT, 2003, 76.

Les textes uniformes ne connaissent une distinction liée à la nature de l'atteinte au contrat que pour le droit de résolution. Tous les textes font en effet dépendre le droit de résolution d'une inexécution essentielle⁵⁰. Or cette condition, qui entend mesurer l'ampleur de l'inexécution pour le créancier, englobe toutes les catégories d'inexécution sans distinguer quant à leur origine. Le fondement de la résolution en droit uniforme reste donc homogène, contrairement au droit allemand, qui continue de distinguer selon la nature de la défaillance contractuelle. Cette spécificité persistante du droit allemand peut s'expliquer par la conviction répandue, même parmi des comparatistes allemands, de la nécessité conceptuelle de ces distinctions⁵¹. Ces derniers admettent néanmoins que l'application du droit uniforme, en particulier de la Convention de Vienne, n'a pas prouvé le besoin de telles catégories⁵². Le droit uniforme se désintéresse alors, même dans son application, de ces distinctions, qui pourtant ont été maintenues dans le nouveau droit allemand.

Ainsi, malgré un rapprochement évident du droit allemand du droit uniforme, l'écart théorique entre les deux conceptions du droit des troubles de l'exécution reste notable. L'examen des conditions concrètes de la réparation du préjudice et de la résolution-sanction dans les deux ordres de droit permettra d'évaluer si cette différence théorique a aussi une portée pratique.

II.- LES CONDITIONS DE LA RÉPARATION DE LA DÉFAILLANCE CONTRACTUELLE

En droit allemand⁵³, il faut distinguer entre les conditions objectives et subjectives de la responsabilité, c'est-à-dire les conditions liées au constat de la défaillance contractuelle (*Pflichtverletzung*) d'une part et à la faute⁵⁴ (*Verschulden*) d'autre part.

⁵⁰ V. art. 9:301 PECL ; art. 7.3.1 PICC.

⁵¹ U. MAGNUS, « Der Tatbestand der Pflichtverletzung », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE 2001, 76. Dans le même sens *BT-Drucks.* 14/4060, p.134 (« *typische Erscheinungsformen* » mais pas des « *Archetypen* »).

⁵² V. U. MAGNUS, « Der Tatbestand der Pflichtverletzung », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE 2001, 73.

⁵³ Pour une comparaison du point de vue du droit uniforme, V. P. SCHLECHTRIEM, « International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht », in B. DAUNER-LIEB /H. KONZEN /K. SCHMIDT, 2003, 71-86, 73-82.

⁵⁴ L'identification terminologique de la faute avec « *Verschulden* » (*culpa*) du droit allemand est problématique ; V. à cet égard (à l'exemple des accidents de travail) A. BÜRGE, « Die Mischung von Rechtstraditionen als Problem der Rechtsgeschichte », in R. MARTI : *Grenzkultur – Mischkultur* ? Saarbrücken 2000, 367-385.

A. - Comparaison pratique des conditions objectives de responsabilité

A l'intérieur de la notion unitaire d'inexécution, il faut, selon le nouveau § 280 du BGB, distinguer quatre cas dans lesquels la réparation est soumise à des exigences objectives différentes⁵⁵. Comme nous l'avons déjà évoqué, le premier cas de l'application pure et simple du nouveau principe du § 280, al. 1^{er} du BGB est finalement assez rare. Les alinéas 2 et 3 du même paragraphe posent en effet des conditions différentes supplémentaires lorsque le créancier veut obtenir la réparation du préjudice à la place de la prestation en cas d'exécution insupportable (§ 280, al. 1^{er}, al. 3, et 282 du BGB), en cas de retard ou d'exécution non conforme (§ 280, al. 1^{er}, al. 3 ; et § 281, al. 1^{er} du BGB) ou s'il exige la réparation du préjudice causé par le retard (§ 280, al. 1^{er}, al. 2, et § 286 du BGB).

a) Les cas de figure réglés par le nouveau § 280, al. 1^{er} du BGB

Le § 280, al. 1^{er} BGB ne joue de manière exclusive qu'en cas de violation des obligations de sécurité accessoires au contrat et pour les « dommages d'accompagnement » (*Begleitschäden*) d'une exécution non conforme⁵⁶. La première hypothèse est élargie par le nouveau § 311, al. 2 du BGB, qui définit que les obligations au sens du § 241, al. 2 BGB peuvent aussi voir le jour suite à un contact purement matériel (§ 311, al. 2 BGB), mais dans le but de conclure un contrat. Cette « relation de proximité » (*Nähebeziehung*), critère retenu par la jurisprudence antérieure pour la responsabilité précontractuelle⁵⁷, est donc créatrice d'obligations, dont la violation peut fonder des dommages et intérêts. La deuxième hypothèse, celle du « dommage d'accompagnement », est également d'origine jurisprudentielle; le *Reichsgericht*, dans son arrêt de principe consacrant la « violation positive du contrat » a reconnu la responsabilité du débiteur pour tout dommage subi par le créancier dans ses biens et son intégrité physique suite à l'exécution défectueuse de l'obligation principale⁵⁸. Depuis la réforme, ces deux créations jurisprudentielles ont pour nouveau fondement le § 280 al. 1^{er} du BGB qui, sur le plan objectif, ne requiert que

⁵⁵ V. aussi J. KINDL, « Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz », *WM* 2002, 1313-1325. Nous excluons le traitement des § 280, al. 1^{er}, et § 283 BGB qui donnent droit à la réparation au cas où le débiteur est responsable de l'impossibilité de l'obligation (§ 275 BGB).

⁵⁶ La portée de la réforme a consisté pour le droit interne aussi dans la création d'un fondement pour l'ancienne institution prétorienne, la violation positive du contrat (*positive Vertragsverletzung*). Pour cette fonction, V. en langue française W.-T. SCHNEIDER, « La codification d'institutions prétorienne », *supra*, p. 39 et s. et F. RANIERI, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *supra* p. 19 et s.

⁵⁷ V. par ex. BGH, 22 février 1973, *BGHZ* 60, 221 et s., spéc. 226.

⁵⁸ RG, 9 juillet 1907, *RGZ* 66, 289 et s.

l'établissement de la violation des obligations décrites et la causalité de cette inexécution avec le préjudice subi.

Ces trois hypothèses de violations du contrat sont aussi sanctionnées par le droit uniforme. L'hypothèse du « dommage d'accompagnement » est couverte par la notion de l'inexécution au sens de ces textes, qui comprend toutes les conséquences d'une exécution non conforme⁵⁹. L'indemnisation du « dommage d'accompagnement » sera seulement limitée par la nécessaire prévisibilité de sa nature et de son étendue⁶⁰. Cette condition est notamment remplie lorsque ce dommage est la conséquence typique de l'inexécution en question. Ainsi, pour reprendre les faits de l'arrêt de principe sur la violation positive du contrat du *Reichsgericht*, est prévisible la mort des chevaux dans l'écurie de l'acheteur par suite de la livraison de nourriture avariée⁶¹. La même condition est susceptible de limiter les dommages et intérêts pour violation d'une obligation de sécurité sous les régimes de droit uniforme. Ils envisagent cette hypothèse en tant qu'inexécution d'une obligation implicite⁶².

La situation est moins évidente en ce qui concerne la reconnaissance de la responsabilité précontractuelle. Alors que la question reste débattue pour la CVIM⁶³, les Principes Unidroit et les PECL⁶⁴, qui ont le mérite de définir

⁵⁹ Art. 1:301 PECL (Définitions) Dans les présents Principes (...) (4) le terme « inexécution » dénote le fait de manquer à exécuter une obligation issue du contrat, qu'il bénéficie ou non d'une exonération, et s'applique aussi à une exécution tardive ou défectueuse et au refus d'une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet (...). Art. 7.1.1 PICC (Définition) Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive. Le constat est à nuancer quant à la CVIM. L'art. 5 CVIM exclue de son champ d'application les dommages causés aux biens ou aux intérêts du créancier suite à la livraison défectueuse. Elle ne donne donc pas de droit de réparation sous la Convention, mais renvoie aux réglementations nationales applicables selon le droit international privé. V. p. ex. P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2^e éd., 2003, p. 32, n°39 avec réf. citées. Du même auteur, « International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht » in B. DAUNER-LIEB / H. KONZEN / K. SCHMIDT, 74 s.

⁶⁰ Art. 7.4.4 PICC V. *infra*. Art. 9:503 PECL, V. *infra*. Les différences entre les deux textes (exception des PECL en cas d'inexécution intentionnelle ou faute lourde) ne sont pas à traiter en ce lieu.

⁶¹ V., pour un résumé de l'affaire en langue française, Cl. WITZ, *Le droit allemand*, Dalloz 2001, 112-114. Nous admettons cependant que la comparaison des deux systèmes de réparation n'est pas aisée. V. à ce sujet les remarques de D. TALLON, « Breach of Contract and Reparation of Damage » in A. HARTKAMP, *Towards a European Civil Code*, 233 s (avec références citées). Pour les limites de la prévisibilité des dommages d'accompagnement sous la CVIM, V. P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2^e éd., 2003, n°s 306-307, pp. 197-200.

⁶² Art. 6:102 PECL (Obligations implicites) En plus de clauses expresses, un contrat peut contenir des clauses implicites qui découlent (a) de l'intention des parties, (b) de la nature et du but du contrat, (c) et de la bonne foi. De même, Art. 5.1 et 5.2 PICC.

⁶³ V. Art. 4 lit.a. CVIM. La question de la responsabilité précontractuelle doit être résolue d'une manière différenciée selon la nature de l'obligation violée, V. en dernier lieu P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2^e éd., 2003, p. 35, n°42, avec références citées.

certaines obligations précontractuelles des parties⁶⁵, connaissent, d'une manière différente qu'en droit allemand, une responsabilité précontractuelle.

Sous réserve de cette question spéciale de la responsabilité précontractuelle, la mise en œuvre de la sanction d'inexécution sous les régimes du droit uniforme permet donc des solutions analogues à celle retenue par l'application pure et simple du nouveau § 280, al. 1^{er} du BGB.

La situation est plus complexe dans les trois cas restants du droit allemand.

b) Dommages-intérêts à la place de la prestation par suite de la violation d'une obligation prévue au § 241, al. 2, BGB (§ 280, al. 1^{er}, phr.1, al. 3, et § 28, BGB)

Le deuxième cas de figure réglé par les § 280 al. 1^{er}, al. 3, et § 282 du BGB se distingue de l'application pure et simple du seul § 280, alinéa 1^{er} du BGB en énonçant : « Lorsque le débiteur viole une obligation prévue par le § 241 al. 2, le créancier peut exiger la réparation tenant lieu de prestation dans les conditions prévues par le § 280 al. 1, lorsqu'on ne peut attendre de lui qu'il supporte l'exécution de la prestation par le débiteur ». Il vise alors la demande de dommages-intérêts à la place de la prestation par suite de la violation d'une obligation de sécurité au sens du § 241, al. 1^{er}, BGB⁶⁶. Contrairement à la situation régie par le seul § 280, al. 1^{er} du BGB, le créancier ne se contente pas de l'indemnisation du préjudice causé par la violation de l'obligation de sécurité, mais entend refuser l'exécution de la prestation principale et exiger des dommages et intérêts à la place de cette prestation⁶⁷.

Cette résolution « déguisée »⁶⁸ est à juste titre soumise à des conditions strictes, d'où le critère du caractère insupportable pour le créancier de l'exécution par le débiteur. Les travaux préparatoires ne définissent pas cette notion, mais révèlent qu'elle sera appréciée en fonction des faits de l'espèce,

⁶⁴ Art. 2:301 PECL prévoit le déroulement des négociations selon le principe de bonne foi et la protection de la confidentialité à l'art. 2:302 PECL. De même, art. 2.15 et art. 2.16 PICC.

⁶⁵ Pour une explication des art. 2.15 et 2.16 PICC, V. J. HAGER, « Die culpa in contrahendo in den UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts aus der Sicht des deutschen Bürgerlichen Rechts », in J. BASEDOW 2000, 67-84.

⁶⁶ Donnons, à titre d'exemple, le cas de l'entrepreneur qui, tout en effectuant correctement la prestation convenue, porte atteinte à la santé ou aux biens du maître de l'ouvrage de telle sorte que le lien de confiance qui unissait les cocontractants se trouve rompu.

⁶⁷ St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 183 n° 364.

⁶⁸ Pour une comparaison des conditions posées par le nouveau § 281 al. 1^{er} du BGB et du nouveau § 323 al.1^{er} du BGB, V. notamment B. GSELL, « Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht », in *Jahrbuch*, 122-124. L'harmonisation des deux normes est destinée à éviter que le créancier en choisissant les dommages et intérêts contourné les conditions de la résolution, V. ainsi *BT-Drucks.* 14/4060, p.183 s.

notamment l'importance de l'obligation et les circonstances de l'inexécution⁶⁹.

Le droit uniforme considère la situation du nouveau § 282 BGB sous un autre angle, mais semble finalement arriver à un résultat assez proche. En principe, les dommages et intérêts pour inexécution de l'obligation primaire nécessitent qu'il y ait réellement eu inexécution de cette obligation ou que le créancier ait résolu le contrat à bon droit⁷⁰. Pour arriver sous le droit uniforme à une solution comparable au nouveau § 282 du BGB, le créancier est ainsi amené à résilier le contrat pour inexécution d'une obligation accessoire de sécurité. Cette inexécution doit donc revêtir un caractère essentiel ou persister après l'échéance du délai supplémentaire raisonnable imparti par le créancier au débiteur. Dans les deux cas, le droit uniforme se sert des arguments que l'on utilise en droit allemand pour fonder le caractère insupportable de la continuation de l'exécution par le débiteur pour le créancier. Ainsi, l'inexécution essentielle peut être admise selon l'article 7.3.1 PICC⁷¹ dans le cas où l'inexécution donne des raisons à la partie lésée de penser qu'elle ne pourra plus avoir confiance en l'exécution ultérieure de l'autre partie⁷². Dans le cas contraire, le créancier impartira un délai supplémentaire au débiteur, ce qui constitue aussi un critère d'appréciation du caractère insupportable de l'exécution pour le créancier au sein du nouveau droit allemand. Une fois la résolution obtenue par l'un des deux procédés, le créancier pourra réclamer la perte subie et le gain manqué par

⁶⁹ *BT-Drucks.*, 14/7052, p.186.

⁷⁰ Cette nécessité n'est pas expressément contenue dans les PECL ou les PICC. Elle dérive cependant de la nécessité d'un préjudice (réel) pour toute indemnisation (art. 9:501 PECL, art. 7.4.1 PICC). Ce préjudice peut être réduit par un contrat de remplacement (art. 9:504 et 9:505 PECL, art. 7.4.5/7.4.6 PICC).

⁷¹ Art. 7.3.1 PICC (Droit à la résolution) 1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie. 2) Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes: a) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat; b) la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat; c) l'inexécution est intentionnelle ou téméraire; d) l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution du contrat; e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat. 3) En cas de retard, le créancier peut également résoudre le contrat si le débiteur n'exécute pas dans le délai visé à l'article 7.1.5.

⁷² Les PECL semblent être plus restrictifs : Art. 8:103 PECL (Inexécution essentielle) L'inexécution d'une obligation est essentielle lorsque (...) (c) (...) l'inexécution est intentionnelle et donne à croire au créancier qu'il ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par l'autre partie. Art. 9:301 PECL (Droit de résoudre le contrat) (1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant. (2) En cas de retard, le créancier peut également résoudre le contrat en vertu de l'article 8:106, alinéa 3.

cette cessation du contrat, c'est-à-dire l'intérêt positif au sens du droit allemand⁷³.

Même si le droit uniforme, contrairement au droit allemand, ne connaît donc pas une réglementation spécifique pour l'attribution des dommages et intérêts à la place de la prestation en cas d'inexécution insupportable pour le créancier, il semble que le libre cumul des instruments de la résolution et de la responsabilité en droit uniforme soit par lui-même suffisant pour obtenir un résultat comparable à la nouvelle réglementation des § 280, al. 1^{er}, al. 3, et § 282 du BGB⁷⁴.

Ce constat vaut aussi pour le troisième cas de figure prévu par le droit allemand. Il s'agit des dommages et intérêts à la place de la prestation par suite d'une inexécution ou d'une exécution non conforme au sens des § 280, al. 1^{er}, al. 3 et 281, al. 1^{er} du BGB.

c) Réparation à la place de la prestation par suite d'une inexécution ou d'une exécution non conforme, § 280, al. 1^{er}, phr.1, al. 3, et § 281, al. 1^{er} du BGB.

L'attribution des dommages-intérêts à la place de la prestation en cas de retard dans l'exécution⁷⁵ et l'exécution non conforme de l'obligation principale (*Schlechtleistung*)⁷⁶ est selon le nouveau § 281, al. 1^{er}, phr.1 du BGB soumis à la condition essentielle que le créancier ait « imparti sans succès au débiteur un délai raisonnable pour l'exécution ou l'exécution corrective » de son obligation (*Nachfrist*)⁷⁷. Le caractère général de la condition d'un délai raisonnable supplémentaire à la demande des dommages et intérêts constitue un nouvel élément au sein du droit allemand général des troubles de l'exécution, qui doit son existence paradoxalement à la réception de la « *Nachfrist* » de l'ancien § 326 BGB par le droit

⁷³ Le législateur allemand n'a pas entendu changer la nature ou le calcul du dommage en remplaçant *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* (« dommages et intérêts pour inexécution ») par « *Schadensersatz statt der Leistung* » (dommages-intérêt au lieu de l'exécution). V. B. GSELL, « Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht », in *Jahrbuch* 2001, 106 et s.

⁷⁴ Par ailleurs, ce constat montre que le cumul des dommages-intérêts et de la résolution, désormais admis en droit allemand, a un champ d'application beaucoup plus limité qu'en droit uniforme, car la résolution en tant que condition de la réparation du préjudice est régie par des normes spéciales.

⁷⁵ « *Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht ... erbringt* » vise le cas du retard, vgl. RE, BT-Drucks. 14/6040, p.135.

⁷⁶ Un exemple est donné par B. GSELL, « Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht » in *Jahrbuch* 2001, 108 s.

⁷⁷ Elle ne demande plus une déclaration de refus d'exécution (*Ablehnungsandrohung*), qui sous l'ancien § 326, al. 1^{er}, phr.1, BGB était souvent difficile à admettre ; V. à ce sujet St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p. 102, n° 196 ; H. HEINRICHS in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61^e éd., 2002, § 326 (a.F.), n°18 s.v. « *Einzelfälle* ».

uniforme⁷⁸. On constate que les PECL⁷⁹ comme les PICC⁸⁰ donnent au créancier le droit d'attribuer un délai supplémentaire au débiteur qui n'a pas exécuté son obligation. Une différence reste néanmoins à mettre en relief : alors que le droit allemand actuel oblige le créancier à réclamer une nouvelle exécution, les textes de droit uniforme se contentent de donner au créancier ce droit⁸¹. Cependant, le créancier aura intérêt également sous ces régimes à impartir un délai supplémentaire qui, après son échéance, lui facilitera la résolution unilatérale du contrat⁸². En pratique, en vertu de ces textes, le créancier ne pourra donc demander des dommages et intérêts équivalents à la prestation principale que s'il a donné un temps supplémentaire au débiteur pour l'exécution de son obligation⁸³.

En ce qui concerne des dommages-intérêts à la place de la prestation, le droit uniforme arrivera ainsi à une protection comparable du débiteur à celle

⁷⁸ V. commentaire sous l'art. 7.1.5 PICC.

⁷⁹ Art. 8:106 PECL (Notification d'un délai supplémentaire pour l'exécution) (1) Dans tous les cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution. (2) Avant l'expiration de ce délai, le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations corrélatives et demander des dommages-intérêts, mais il ne peut se prévaloir d'aucun autre moyen. S'il reçoit du co-contractant une notification l'informant que celui-ci n'exécutera pas pendant le délai, ou si à l'expiration du délai supplémentaire l'exécution correcte n'est pas intervenue, il peut se prévaloir de l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9. (3) Lorsque le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle et que le créancier a dans sa notification impartir un délai supplémentaire de durée raisonnable, il est fondé à résoudre le contrat à l'expiration dudit délai si le débiteur n'a pas exécuté. Le créancier peut stipuler dans sa notification que l'inexécution dans le délai impartit emportera de plein droit résolution du contrat. Si le délai fixé est trop court, la résolution peut intervenir, à l'initiative du créancier ou s'il y a lieu de plein droit, au terme d'une durée raisonnable à compter de la notification.

⁸⁰ Art. 7.1.5 (Délai d'exécution supplémentaire) 1) En cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations. 2) Avant l'expiration de ce délai, le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations corrélatives et demander des dommages-intérêts mais il ne peut se prévaloir d'aucun autre moyen. Le créancier peut, néanmoins, se prévaloir de tout autre moyen prévu au présent chapitre lorsque le débiteur lui fait parvenir une notification l'informant qu'il ne s'acquittera pas de ses obligations dans le délai impartit ou lorsque, pendant ce délai supplémentaire, l'exécution correcte n'est pas intervenue. 3) Le créancier qui, dans sa notification, a impartit un délai supplémentaire d'une durée raisonnable peut, si le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle, mettre fin au contrat à l'expiration de ce délai. Un délai supplémentaire d'une durée déraisonnable est porté à une durée raisonnable. Le créancier peut, dans sa notification, stipuler que l'inexécution des obligations dans le délai impartit mettra fin de plein droit au contrat. 4) Le paragraphe précédent ne s'applique pas lorsque l'inexécution est d'importance minime par rapport à l'ensemble des obligations du débiteur.

⁸¹ Une certaine équivalence entre la « *Nachfrist* » du § 281, al.1^{er}, BGB et la mise en demeure (*Mahnung*) au sens du § 286 BGB est également admise par St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p. 101, n°192 (« *konkludent mahnt* »).

⁸² Art. 7.3.1 (3) PICC préc., note 70 ; art.8:106 (3) PECL préc., note 78.

⁸³ Pour les questions du calcul des dommages-intérêts, V. St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, pp. 107-110, n°209 à 214, qui optent pour un libre choix entre la théorie dite de subrogation et de différence.

prévue par le nouveau droit allemand. Il en est autrement pour les dommages causés par le retard lui-même.

d) Le préjudice causé par le retard (Verzögerungsschaden), § 280, al. 1^{er}, phr. 1, al. 2, et § 286 du BGB

Alors que le législateur allemand est resté fidèle à la solution antérieure, qui consiste à sanctionner le retard qu'en cas de mise en demeure (*Mahnung*⁸⁴), les principes uniformisant le droit des contrats et la Convention de Vienne ne font pas de différence entre une inexécution constituée par une exécution tardive, non-conforme ou la simple inaction⁸⁵. Sous les régimes du droit uniforme, le créancier peut donc demander réparation du retard dans l'exécution par le débiteur sans avertissement supplémentaire du dernier. Au contraire, le droit allemand entend donner une deuxième chance au débiteur et ne le tient responsable des dommages causés par le retard que s'il a laissé passé le délai supplémentaire prévu par la mise en demeure⁸⁶. Malgré bon nombre d'exceptions⁸⁷, cette règle reste la solution de principe en droit allemand. Or, même si le droit uniforme a entièrement abandonné la nécessité d'une mise en demeure pour l'attribution des dommages et intérêts, il semble que, sous ces régimes, un créancier bien avisé ne laissera pas passer le retard en se bornant à demander la réparation du dommage causé par ce retard pur et simple : il sera beaucoup plus prudent d'octroyer en vertu des articles 47, al. 1^{er}, 63, al. 1^{er} CVIM ou article 7.1.5 PICC et article 8:106 PECL un délai supplémentaire, à l'expiration duquel le créancier pourra résoudre le contrat et demander des dommages et intérêts, sans devoir prouver que le retard constituait une inexécution essentielle, normalement nécessaire pour la résolution (V. art.

⁸⁴ § 280, al. 2, et § 286 BGB. Pour l'origine de cette condition et son développement, V. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 790-800.

⁸⁵ Art. 1:301 PECL, art. 7.1.1 PICC ; Art. 45, al. 1^{er}, et art. 61, al. 1^{er} CVIM préc.

⁸⁶ V. à cet égard, § 286, al. 1^{er}, phr. 2, et § 286, al. 2, BGB et les explications de D. MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 14^e éd., 2003, 400-402.

⁸⁷ Les exceptions sont nommées dans § 286, al. 2 et 3, du BGB : « (2) Une mise en demeure n'est pas nécessaire si 1. Un terme pour la prestation est déterminé d'après le calendrier, 2. La prestation doit être précédée par un événement et si un terme raisonnable est fixé de telle sorte qu'il peut se calculer grâce au calendrier à partir de l'événement. 3. le débiteur refuse l'exécution de manière sérieuse et définitive. 4. Pour des raisons particulières, après mise en balance des intérêts respectifs, la constitution immédiate du retard est justifiée. (3) Le débiteur d'une rémunération est au plus tard en retard, lorsqu'il ne s'exécute pas dans les 30 jours suivant l'exigibilité et la réception d'une facture ou d'un bordereau équivalent récapitulatif des paiements; ceci ne vaut à l'encontre d'un débiteur consommateur que si, dans la facture ou le bordereau récapitulatif des paiements, son attention a été particulièrement attirée sur ces conséquences. Lorsque le moment de la réception de la facture ou du bordereau récapitulatif des paiements est incertain, le débiteur qui n'est pas un consommateur est en retard au plus tard 30 jours après l'exigibilité et la réception de la contrepartie ».

64 al. 1^{er} b) ; art. 49 al. 1^{er} b) CVIM, art. 9:301 PECL, art. 7.3.1 (3) PICC). De ce fait, même si la mise en demeure ne constitue pas une condition d'attribution des dommages et intérêts pour retard en vertu de ces textes⁸⁸, le débiteur sera dans la pratique souvent averti des conséquences de son inexécution, comme l'exige, par la condition de mise en demeure, le droit allemand. Or, malgré ces considérations, une différence essentielle entre les deux régimes ne peut être niée. Il s'agit de l'hypothèse où le simple délai a déjà causé un dommage au créancier, sans que le débiteur soit mis en demeure. Sauf dans des cas où l'exécution ponctuelle constitue l'essence du contrat même ou est convenue entre les parties⁸⁹, le droit allemand ne peut attribuer une réparation faute de mise en demeure, alors que le droit uniforme tient le débiteur responsable de ce seul fait⁹⁰. La réparation du dommage causé par le retard est ainsi un domaine dans lequel les régimes de la responsabilité du nouveau droit allemand et du droit uniforme restent divers. Un rapprochement des deux régimes a cependant pu être relevé en ce qui concerne l'attribution des dommages-intérêts à la place de la prestation en cas de violation d'une obligation de sécurité et en cas de retard ou de mauvaise exécution ainsi que pour l'indemnisation de la violation d'une obligation de sécurité et du dommage d'accompagnement. En somme, il semble donc que les différences théoriques liées aux conditions objectives de la responsabilité entre le droit allemand et le droit uniforme ont tendance à s'estomper dans la pratique.

Une telle affirmation rencontre plus de difficultés en ce qui concerne la condition subjective maintenue par le droit allemand qui est étrangère au droit uniforme.

⁸⁸ O. LANDO/H. BEALE, *Principles*, XXXVIII soulignent que le délai supplémentaire n'est pas destiné à changer les conditions de la sanction, mais vise à lever l'insécurité dans laquelle se trouve le créancier.

⁸⁹ Dans la première hypothèse (*absolute Fixgeschäft*), l'obligation est réputée impossible au sens du § 275, al. 1^{er}, BGB et la résolution est de plein droit, § 326, al. 1, 4, du BGB. Le créancier peut réclamer des dommages et intérêts sans délai supplémentaire. La deuxième hypothèse (*relative Fixgeschäft*) est visée par § 323, al. 2, n° 2 du BGB et § 281, al. 2 du BGB. La résolution et l'attribution des dommages et intérêts ne sont pas soumises à la condition de l'échéance d'un délai supplémentaire.

⁹⁰ Cet écart est, par ailleurs, l'exemple le plus probant pour démontrer que le droit allemand n'a pas adopté la notion unitaire de la violation d'une obligation comme fondement de la responsabilité contractuelle, car tout délai devrait en effet constituer une violation d'obligation au sens du § 280, al. 1^{er}, phr. 1, du BGB. Dans ce sens aussi, St. LORENZ / T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p. 142, n°285.

B. - *La survivance de la faute (Verschulden) en tant que condition de la responsabilité contractuelle en droit allemand*

Le droit allemand conserve la nécessité de la faute (*Verschulden*) en tant qu'élément subjectif traditionnel de la responsabilité contractuelle⁹¹. La réforme n'a pas touché au contenu de cette condition en la concentrant désormais en un seul paragraphe, rattaché à la notion unitaire de défaillance contractuelle. Le nouveau § 280, al. 1^{er} du BGB dispose que : « Lorsque le débiteur viole une obligation issue du rapport d'obligation, le créancier peut exiger la réparation du préjudice qui en résulte. Il n'en n'est pas de même lorsque le débiteur n'a pas à répondre de la violation de l'obligation ». La deuxième phrase, dans sa formule négative, inverse la charge de la preuve sur le débiteur et montre ce faisant que la faute est présumée, une fois la violation d'obligation établie. Cette inversion identique au droit antérieur⁹² constitue un aménagement important de la condition subjective de responsabilité⁹³, mais ne met pas en question la nature limitative de la notion de faute.

Avant d'examiner en détail cette fonction et de la comparer aux instruments limitatifs de responsabilité du droit uniforme, il convient de préciser les solutions diverses du droit allemand et du droit uniforme.

a) *Les éléments compris dans la notion de la faute*

La condition de la faute dans le nouveau droit allemand de la responsabilité contractuelle - sans différence substantielle avec l'ancien droit - exige la présence de plusieurs éléments différents. D'abord, comme pour la responsabilité délictuelle⁹⁴, la faute contractuelle ne peut être retenue que si elle est imputable à la personne, ce qui dépend de la capacité du discernement (*Verschuldensfähigkeit*) du responsable. Sont ainsi exclus de

⁹¹ Le fondement de politique juridique est la garantie du libre épanouissement de la personnalité (*allgemeine Handlungsfreiheit*) : celui qui respecte la prudence nécessaire (*im Verkehr erforderliche Sorgfalt*) ne devrait pas se voir exposé à la responsabilité ; v. D. MEDICUS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 14^e éd., 2003, p. 151 n° 300 et référence citée.

⁹² En effet, le jeu des anciens § 282 et 285 BGB ne se limitait pas à l'inversion de la charge de la preuve pour l'impossibilité ou le retard, mais avait été - au moins dans certains cas - élargi par la jurisprudence aux créations prétoriennes telle que la violation positive du contrat (*positive Vertragsverletzung*) et la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) ; V. par ex. St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p. 94, n° 180. H. HEINRICHS in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61^e éd., 2002, § 282, n° 6-9 (*positive Forderungsverletzung*), n° 10 (*culpa in contrahendo*).

⁹³ Pour un aperçu des atténuations au principe, V. par ex. D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung », in J. BASEDOW 2000, 185-187.

⁹⁴ Le § 276, al. 1, phr. 2, renvoie expressément aux § 827 et 828 de la responsabilité délictuelle.

la responsabilité civile, les mineurs de moins de 7 ans (§ 828, al. 1^{er})⁹⁵ et les aliénés (§ 827, phr. 1 BGB)⁹⁶. A part eux, les mineurs entre sept et dix-huit ans sont seulement responsables en fonction de leur discernement individuel (§ 828, al. 3 BGB).

La notion de faute en droit allemand détermine aussi le comportement reproché au débiteur. Il est en principe responsable selon le nouveau § 276, al. 1^{er}, phr. 1 BGB de « son fait intentionnel et de sa négligence lorsque aucune responsabilité plus sévère ou plus légère n'a pas été prévue expressément ou qu'elle ne ressort pas du contenu du rapport d'obligation, notamment par la prise en charge d'une garantie ou du risque d'approvisionnement ». L'exemple classique d'une responsabilité plus stricte auquel le texte de la loi se réfère aujourd'hui expressément⁹⁷ est le contrat de vente d'une chose de genre, par lequel le vendeur est réputé responsable sans limite jusqu'à épuisement (théorique) du genre (*Beschaffungsrisiko*)⁹⁸. Le contre-exemple d'une responsabilité atténuée est donné par les contrats à titre gratuit, comme le prêt et le dépôt à titre gratuit, pour lesquels le BGB impose au prêteur et au dépositaire la diligence requise pour leurs propres affaires (*Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten*)⁹⁹.

En somme, la responsabilité du débiteur sera alors écartée, si ce dernier peut prouver qu'il s'est comporté conformément à ces exigences. Cependant, il est à noter que l'absence de faute personnelle ne fait pas disparaître la responsabilité du débiteur du fait des personnes qu'il a chargé de l'exécution de son obligation (*Erfüllungsgehilfen*). Le § 278 du BGB, qui n'a pas été modifié, prévoit en effet que « le débiteur doit répondre de la faute commise par son représentant légal ou par les personnes dont il se sert

⁹⁵ Pour une explication de la nouvelle réglementation (entrée en vigueur le 1^{er} août 2002) du § 828, al. 2 BGB, qui exclut le discernement des enfants entre 7 et 10 ans pour certains accidents de la route, V. D. MEDICUS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 14^e éd., 2003, p. 153, n° 302a.

⁹⁶ § 827 BGB : « 1) Celui qui, en état d'inconscience ou de démence malade excluant toute libre expression de volonté, cause un dommage à autrui, n'en est pas tenu pour responsable. 2) Si la personne a provoqué un état temporaire semblable par la consommation de boissons, d'hallucinogènes ou d'autres substances similaires, alors elle est tenue pour responsable pour son fait illégal dommageable comme si elle avait agi non intentionnellement ; la responsabilité n'est pas mise en jeu, si la provocation de l'état dans lequel elle se trouvait ne lui est pas imputable ».

⁹⁷ Un changement matériel n'est pas lié à cette nouvelle clause, V. C.-W. CANARIS, « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », *JZ* 2001, 518.

⁹⁸ Pour les contours de cette notion, V. par ex. H. HEINRICHS, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61^e éd. 2002, § 279 (a.F.), n° 2-4. La limitation de cette garantie était effectuée par l'ancien § 275 du BGB (*loc. cit.*, § 279 (a.F.), n° 5-8).

⁹⁹ V. § 599 BGB *Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten* ; § 690 BGB *Haftung bei unentgeltlicher Verwahrung: Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigene Angelegenheiten anzuwenden pflegt*.

pour l'exécution de son obligation dans la même mesure que de sa faute personnelle ». Contrairement à ces règles du droit allemand, le droit uniforme admet une responsabilité objective.

b) L'absence de faute dans la conception de la responsabilité du droit uniforme

L'inexécution elle-même d'une obligation contractuelle ouvre un droit à la réparation¹⁰⁰, sauf si l'inexécution est due à un empêchement (*impediment*) qui échappe au débiteur et qu'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat ou qu'il le prévienne ou le surmonte¹⁰¹ (art. 79, al. 1^{er} CVIM¹⁰², art. 8:108 PECL¹⁰³, art. 7.1.7 PICC¹⁰⁴). Cette notion, que les Principes Unidroit appellent « force majeure », sans l'identifier avec la force majeure du droit français¹⁰⁵, constitue cependant une limitation purement objective. Il est possible de la rapprocher de la notion libératoire d'impossibilité en droit allemand (§ 275 du BGB)¹⁰⁶. Un autre facteur susceptible de limiter la responsabilité est la prévisibilité du dommage. Elle constitue une condition de l'indemnisation du créancier selon tous les textes du droit uniforme (art.

¹⁰⁰ V. art. 45, al. 1^{er} b, art. 64, al. 1^{er} b) CVIM, art. 8:108 PECL ; art. 7.4.1 PICC.

¹⁰¹ On peut rappeler aussi l'excuse liée à une clause exonératoire (V. art. 7.1.6 PICC ; art. 8:109 PECL) de responsabilité et *hardship* (art. 6.2.1 PICC ; art. 6:111 PECL). Ces deux cas sont cependant exceptionnels et également soumis à des règles spéciales en droit allemand.

¹⁰² Art. 79, al. 1^{er} CVIM : une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle prévienne ou le surmonte ou qu'elle prévienne ou surmonte les conséquences.

¹⁰³ Art. 8:108 PECL préc.

¹⁰⁴ Art. 7.1.7 PICC préc.

¹⁰⁵ V. commentaire sous art. 7.1.7 PICC. La formule des principes, qui entend reprendre la pratique commerciale est critiquée comme étant pas conforme à cette pratique par M. Fontaine, « Les dispositions relatives au *hardship* et à la force majeure », in M. J. BONELL /F. BONELLI 1997, 183-191, 190. La différence est plus marquée concernant l'élément « irrésistible », V. P. BERNARDINI, « *Hardship* et force majeure », in M. J. BONELL/F. BONELLI 1997, 193-214, 205-207.

¹⁰⁶ § 275. Exclusion du droit à l'exécution. (1) Le droit à l'exécution est exclu dans la mesure où celle-ci est impossible pour le débiteur comme pour tout autre personne. (2) Le débiteur peut refuser d'exécuter, si l'exécution impose des dépenses qui sont manifestement disproportionnées par rapport à l'intérêt du créancier à la prestation, eu égard au contenu du rapport d'obligation et au principe de bonne foi. ²Lors de l'appréciation des efforts à exiger du débiteur, il faut aussi vérifier si le débiteur ne doit pas répondre de l'obstacle à l'exécution. (3) Le débiteur peut en outre refuser d'exécuter, s'il est tenu d'exécuter personnellement et que cette exécution ne peut pas lui être imposée après mise en balance de l'obstacle à sa prestation avec l'intérêt du créancier à l'exécution. (4) Les droits du créancier se déterminent d'après les paragraphes 280, 283 jusqu'à 285, 311 et 326.

74 CVIM¹⁰⁷; art. 9:503 PECL¹⁰⁸; art. 7.4.4 PICC¹⁰⁹). Seul le dommage prévu par le débiteur ou objectivement prévisible selon son type ou par sa nature lors de la conclusion du contrat donnera droit à indemnisation. La portée pratique de ces critères par rapport à la faute en droit allemand nécessite un examen plus approfondi.

c) Les instruments de limitation de responsabilité en droit uniforme et la fonction correctrice de la faute en droit allemand

La faute en droit allemand a trois fonctions correctrices¹¹⁰. D'abord, elle contribue à différencier le contenu de l'obligation même, en obligeant le débiteur à répondre dans certains cas de toute négligence ou seulement d'une faute intentionnelle dans d'autres. Par ailleurs, la faute imposant un nécessaire discernement, elle permet de libérer certaines personnes spécialement vulnérables de toute responsabilité. Et enfin, l'absence de la condition de faute peut avoir des conséquences insupportables sur le plan de l'équité (« *unzumutbare Haftung* »), comme l'a relevé la doctrine¹¹¹.

Dans le droit uniforme, qui fait abstraction de la notion de faute, la première fonction de la définition du contenu de l'obligation est laissée aux cocontractants. S'ils n'ont rien prévu ou sous-entendu, on s'appuiera sur les obligations implicites, que le juge détermine en fonction de la nature et du but du contrat et en fonction du principe de bonne foi¹¹². La définition de l'obligation elle-même déterminera si le débiteur a ou non exécuté le contrat¹¹³. Les PICC rappellent à cet égard la différence entre l'obligation de moyen et l'obligation de résultat¹¹⁴. Ainsi, les termes du contrat, le risque

¹⁰⁷ Art. 74, phr. 2, CVIM : ces dommages et intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat.

¹⁰⁸ Art. 9:503 PECL (Prévisibilité du dommage) Le débiteur n'est tenu que du préjudice qu'il a prévu ou aurait dû raisonnablement prévoir au moment de la conclusion du contrat comme étant une conséquence vraisemblable de l'inexécution, lorsque ce n'est point intentionnellement ou par sa faute lourde que l'obligation n'est pas exécutée.

¹⁰⁹ Art. 7.4.4 PICC (Prévisibilité du préjudice). Le débiteur est tenu du seul préjudice qu'il a prévu, ou qu'il aurait pu raisonnablement prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution.

¹¹⁰ V. notamment D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung », in J. BASEDOW 2000, 187-189.

¹¹¹ D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung », in J. BASEDOW 2000, 187s.

¹¹² V. art. 6:102 PECL ; art. 5.1 et 5.2 PICC.

¹¹³ Pour la CVIM, le type du contrat donnera souvent une indication décisive quant à la détermination de la nature de l'obligation conclue. V. notamment art. 31 CVIM quant à la livraison ; art. 54 CVIM quant au paiement du prix.

¹¹⁴ Art. 5.4 PICC (Obligation de résultat et obligation de moyens) 1) Le débiteur d'une obligation de résultat est tenu de fournir le résultat promis. 2) Le débiteur d'une obligation de

normalement encouru pour arriver au résultat attendu et la possibilité pour l'autre partie d'influencer l'exécution détermineront l'étendue de l'obligation du débiteur¹¹⁵. La distinction entre l'obligation de moyen et l'obligation de résultat semble alors souvent correspondre à la différence entre responsabilité renforcée ou limitée retenue par le droit allemand¹¹⁶. Le droit uniforme n'a donc pas besoin du critère subjectif de la faute pour arriver à des résultats comparables.

La deuxième fonction protectrice de la faute, qui est celle de l'imputabilité, n'a pas de pendant en droit uniforme. Comme les questions de nullité du contrat pour incapacité sont exclues par la CVIM¹¹⁷ et, suivant son exemple, par les Principes PECL¹¹⁸ et d'Unidroit¹¹⁹, le droit uniforme a écarté de son champ d'application les conséquences liées à l'état d'incapacité d'une personne. Cette argumentation vaut d'autant plus que les questions liées à la validité du contrat et la responsabilité découlant du contrat ne peuvent être dissociées¹²⁰. C'est le droit interne applicable selon les règles du droit international privé qui tranchera la question.

Il reste la question la plus délicate, qui est celle de la fonction d'équité exercée par la faute.

moyens est tenu d'apporter à l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation. Le Commentaire des PECL traite de cette distinction sous l'art. 6:102, V. O. LANDO/H. BEALE, *Principles*, p. 302-304.

¹¹⁵ Art. 5.5 PICC (Détermination du type d'obligation) Pour déterminer si l'obligation est de moyens ou de résultat, on prend en considération notamment : a) la manière dont l'obligation est exprimée dans le contrat ; b) le prix et les autres éléments du contrat ; c) le degré d'aléa normalement présent dans la poursuite du résultat recherché ; d) l'influence que peut exercer l'autre partie sur l'exécution de l'obligation.

¹¹⁶ Ce constat est évident. V. les remarques de O. LANDO/H. BEALE, *Principles*, 2000, p. XXXVIII : « *Liability under the Principles is 'strict' and it is not necessary to prove fault in order to prove non-performance. However, where the contract is such that the party has only undertaken to use reasonable care and skill, or to use its best endeavours, there will of course only be a non-performance if it is shown that the reasonable skill or care, or best endeavours, have not been employed.* » I.

¹¹⁷ Art. 4 CVIM : La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas : a) la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages. V. pour une explication, P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2^e éd., 2003, p. 27, n° 34.

¹¹⁸ Art. 4:101 PECL (Questions non traitées). Le présent chapitre ne traite pas de l'invalidité découlant de l'illégalité ou de l'immoralité du contrat, ni de l'incapacité des parties.

¹¹⁹ Art. 3.1 PICC (Matières non traitées). Ces Principes ne traitent pas de l'invalidité découlant : a) de l'incapacité des parties ; b) du défaut de pouvoir des parties ; c) de l'immoralité ou de l'illicéité du contrat.

¹²⁰ Ainsi, le Commentaire des PECL explique l'absence de réglementation par la branche de droit intéressé : « *Lack of capacity is not treated because it is more a matter of the law of persons than of contract proper.* » V. O. LANDO/H. BEALE, *Principles*, 2000, sous 4:101 PECL.

Pour illustrer cette notion, D. Medicus a fourni l'exemple d'un artisan couvreur, qui tombe malade et qui n'a pas pu prévoir un remplaçant comme on peut éventuellement l'exiger au sein d'une grande entreprise¹²¹. Selon le droit allemand, le manquement à son obligation ne serait pas fautif. Par contre, le droit uniforme excuse une telle inexécution seulement en cas d'un l'empêchement « qui lui échappe/*beyond its control* ». Les commentateurs des principes uniformisant le droit du contrat refusent de manière unanime l'exonération pour les empêchements tenant à la personne même du débiteur¹²². Le droit uniforme exige ainsi que le débiteur prévoit d'avance les éventuels empêchements liés à sa sphère¹²³. Dans l'exemple donné, l'artisan serait alors responsable de son inexécution, car elle était due à un élément intérieur à son champ d'action¹²⁴.

Cet écart fondamental entre le droit allemand et le droit uniforme est à observer chaque fois que l'empêchement est lié à la personne du débiteur : alors que le droit allemand est susceptible de les excuser et de juger l'inexécution non fautive, le droit uniforme traite le débiteur comme garant de sa propre capacité d'exécution et le tient pour responsable sans exceptions. Dans d'autres hypothèses, il semble cependant que les exigences établies en droit allemand par la condition de faute et le droit uniforme s'écartent peu, car la notion nécessairement objective de la faute du droit contractuel allemand va très souvent se rapprocher de la prévisibilité du dommage au sens du droit uniforme. En effet, le reproche d'être négligent dans l'exécution du contrat a aussi son fondement dans la prévisibilité du dommage causé par ce comportement¹²⁵. Ainsi le droit uniforme, qui impose

¹²¹ D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung » in J. BASEDOW 2000, 187f.

¹²² O. LANDO, « Performance and Remedies in the Law of Contracts », in A. HARTKAMP 1994, 210 énumère les trois conditions suivantes : a. Impossibilité de droit ou de fait ; b. Impossibilité dont le débiteur n'a pu tenir compte ; c. L'impossibilité a dû se produire en dehors du contrôle du débiteur et il est censé se contrôler lui-même, ses employés et ses instruments et machines; il ne contrôle pas ce qui vient de l'extérieur.

¹²³ V. O. LANDO/H. BEALE, *Principles* sous art. 8:108, p. 379-383. V. aussi P. BERNARDINI, « Hardship et force majeure » in M. J. BONELL/F. BONELLI 1997, 193-214, 202 et note 15, qui tire ce caractère nécessairement objectif de la terminologie « *impediment* » au lieu de « circonstances ».

¹²⁴ D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung » in J. BASEDOW 2000, 188.

¹²⁵ Ceci se manifeste en particulier en matière d'obligations de précaution (*Verkehrssicherungspflichten*), dont la violation joue un rôle important dans la détermination de la faute en droit allemand, en particulier pour la responsabilité délictuelle. V. l'étude fondamentale de Chr. von BAR, « Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten », *JZ* 1979, 332-337 ; récemment M. ROHE, « Gründe und Grenzen deliktischer Haftung—die Ordnungsaufgaben des Deliktsrechts (einschliesslich der Haftung ohne Verschulden) », *AcP* 201, 117-164. Un autre accent est mis par R. ZIMMERMANN, « Konturen eines Europäischen Vertragsrechts » *JZ* 2001, 482, qui souligne l'influence de la *contemplation-rule* sur la

au débiteur d'éviter les dommages prévisibles, rejoint le droit interne allemand, qui reprochera au débiteur de ne pas avoir adapté son comportement à ce qui aurait été nécessaire selon les règles de diligence (*Sorgfaltspflichten*)¹²⁶. Nous pensons donc que souvent, lorsque l'absence de faute en droit allemand se traduit par l'absence de négligence, qui rend le débiteur non responsable du dommage, le droit uniforme arrivera au même résultat faute de prévisibilité du dommage¹²⁷.

En conclusion, la comparaison des exigences objectives et subjectives de la responsabilité a montré que malgré une approche théorique différente, la mise en œuvre des règles arrive souvent à des résultats comparables en droit uniforme et en droit allemand. Le seul véritable écart, notable aussi sur le plan pratique, consiste en la protection renforcée du débiteur en droit allemand par rapport au droit uniforme. Cette protection est réalisée d'une part par la nécessaire mise en demeure pour l'attribution des dommages-intérêts en cas de retard, d'autre part par la possibilité d'excuser l'impossibilité de la prestation suite à un empêchement personnel imprévisible. Elle n'a pas d'équivalents en droit uniforme. Cette différence peut être expliquée par rapport au champ d'application des deux corps de droit : tandis que le droit uniforme a pris comme exemple le contrat de commerce international entre commerçants expérimentés, le droit allemand a vocation à s'adresser à tout ou chacun et doit donc tenir compte des faiblesses et du manque d'expérience du débiteur¹²⁸.

Ce constat semble valoir dans une plus large mesure encore pour la deuxième sanction essentielle de l'inexécution, qui est la résolution.

Schutzzwecktheorie du droit allemand. V. également P. SCHLECHTRIEM, « Schadenersatz und Schadensbegriff », *ZEUP* 1997, 246-253 (247 : la prévisibilité (*contemplation-rule*) sert à déterminer, « ob sich der Verletzte auf eine vom Vertrag geschützte Pflicht des Schuldners berufen könne und welchen Interessen diese Pflicht im Sinne des Vertrages diene »).

¹²⁶ Pour une vue différente, D. TALLON, « Breach of Contract and Reparation of Damage » in A. HARTKAMP, *Towards a European Civil Code*, 2001 223-235, 231 note 34 : « *Foreseeability may play an indirect role by being considered as an element of causality between breach and harm* ».

¹²⁷ Dans le même sens, R. ZIMMERMANN, « Konturen eines Europäischen Vertragsrechts », *JZ* 2001, 482 s. ; P. SCHLECHTRIEM, « Rechtsvereinheitlichung und Schuldrechtsreform », *ZEUP* 1993, p. 217 et s., spéc. p. 231.

¹²⁸ Dans ce sens D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung », in J. BASEDOW 2000, 191s.

III.- LE NOUVEAU CONCEPT DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE

La résolution du contrat¹²⁹ a, en droit allemand, également subi des changements fondamentaux qui la rapprochent de la réglementation du droit uniforme¹³⁰. Le législateur allemand ne s'est cependant pas contenté de suivre l'exemple du droit uniforme, mais a apporté une solution originale au problème de la mise en œuvre du droit de la résolution, important dans la pratique.

A. - *Le changement de système en droit allemand parrainé par le droit uniforme*

Un premier changement dans le droit allemand de la résolution concerne le cumul entre réparation du préjudice et résolution, désormais possible¹³¹. Le droit antérieur, de par son fondement historique¹³², prévoyait en effet l'exclusivité de chaque remède¹³³. En pratique, le choix des dommages et intérêts était souvent plus favorable pour le créancier, ce qui limitait l'importance pratique de la résolution dans le droit antérieur. À l'exemple du droit uniforme, le droit allemand réformé a fait accroître l'importance de la résolution non seulement grâce au nouveau cumul avec la réparation du préjudice, mais aussi par un élargissement du champ d'application de cette sanction de la défaillance contractuelle¹³⁴.

¹²⁹ Nous examinerons ici uniquement la résolution suite à une inexécution (*Rücktritt*) et non pas la rétractation (*Widerruf*) du consommateur suite à la violation de certaines obligations d'information d'un professionnel, qui n'ont pas de pendant dans le droit uniforme. Pour un aperçu de ces règles, V. P. MANKOWSKI, « *Widerrufsrecht und Rückgaberecht* » in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 357ff.

¹³⁰ Les conséquences juridiques ne seront traitées que par rapport à la question de savoir si l'impossibilité de la restitution du bien constitue un empêchement à la résolution. Pour une comparaison approfondie du nouveau droit allemand avec le droit antérieur, V. St. LORENZ, « *Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf* », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 329-355. En langue française, V. F. RANIERI, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in : M. FONTAINE/G. VINEY, préc., 825-828 pour le droit d'avant la réforme ; du même auteur, « La nouvelle partie générale du droit des obligations », *supra*, p.19 et s. pour une comparaison.

¹³¹ § 325 BGB : « Dans un contrat synallagmatique, le droit à réparation n'est pas exclu par la résolution ».

¹³² Pour les origines historiques de cette exclusivité, V. R. ZIMMERMANN, « *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts* », *JZ* 2001, 484-486.

¹³³ V. les explications dans *BT-Drucks.* 14/4060, p. 180-182. Cela éclaire le constat de D. MEDICUS, « *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz-Weiterentwicklung oder Systemwechsel ?* » in B. DAUNER-LIEB /H. KONZEN /K. SCHMIDT, 2003, 61-70, 64 « *Der neue § 325 denkt also die Ansätze des alten Rechts nur zu Ende ; einen <Systemwechsel> bedeutet das nicht* ».

¹³⁴ Nous nous bornons ici à l'examen de la résolution-sanction en cas d'inexécution. La résolution est aussi prévue en tant que conséquence de la disparition du fondement contractuel

a) *L'harmonisation des conditions de la résolution-sanction au sein du BGB*

Le droit antérieur, qui raisonnait selon le type de violation du contrat, connaissait en effet une résolution (*Rücktritt*) seulement dans certains cas précis. L'ancien § 326, al. 1^{er}, phr. 1 BGB disposait en effet que « lorsque dans un contrat synallagmatique, l'une des parties est en retard pour exécuter la prestation due, l'autre partie peut lui impartir un délai raisonnable pour exécuter cette prestation, avec la déclaration qu'elle refusera d'accepter la prestation après l'expiration de ce délai. A l'expiration de ce délai, elle est en droit (...) de résoudre le contrat si la prestation n'a pas été exécuté à temps ; le droit à l'exécution est exclu »¹³⁵. Ainsi, la sanction de la résolution était en premier lieu réservée à l'inexécution des obligations synallagmatiques elles-mêmes. L'inexécution d'une autre obligation du contrat synallagmatique permettait au créancier de mettre fin au contrat, seulement lorsque, par suite du retard, la prestation devenait pour lui sans intérêt (ancien § 286, al. 2 du BGB) ou lorsqu'était intervenu un jugement préalable ordonnant l'exécution de l'obligation ainsi violée (ancien § 283 du BGB¹³⁶). La jurisprudence était ainsi parfois tentée de « tordre » la définition¹³⁷ des obligations synallagmatiques, en admettant par exemple que l'obligation de remise en état qui incombe au locataire à la fin du bail était une obligation synallagmatique¹³⁸. La condition de comportement fautif du débiteur constituait une seconde limitation du droit de résolution. En effet, une telle faute était exigée tant pour l'hypothèse du retard sanctionnée par l'ancien § 326 BGB que pour celle de l'impossibilité fautive prévue par l'ancien § 325, al. 1^{er} du BGB¹³⁹. Pour le retard, était en sus exigée une déclaration de refus de la prestation (*Ablehnungsandrohung*)¹⁴⁰.

(*Wegfall der Geschäftsgrundlage*, § 313 al. 3 du BGB) et dans certains cas d'inexécution dans les contrats spéciaux.

¹³⁵ Pour une brève explication de cette norme en langue française, V. F. RANIERI, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in M. FONTAINE/G. VINEY, préc., 2001, 818s et références citées.

¹³⁶ V. pour ces hypothèses, le résumé dans St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p. 98 et s., n° 186.

¹³⁷ V. St. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p. 98, n° 186, qui parlent de « *Verrenkungen* » (entorses).

¹³⁸ Or, la définition des obligations synallagmatiques est la suivante : Obligation, qu'une partie entreprend parce que l'autre s'oblige (« *do, ut des* »). On ne peut concevoir que le bailleur conclut le bail parce que le locataire va remettre en état à la fin de la location.

¹³⁹ § 325, al. 1^{er}, phr. 1 : « Lorsque la prestation due par une partie en vertu d'un contrat synallagmatique devient impossible à la suite d'une circonstance imputable à cette partie, l'autre partie peut exiger des dommages et intérêts pour inexécution ou prononcer la résolution du contrat ».

¹⁴⁰ Pour le droit antérieur, V. (en langue française), F. RANIERI, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in M. FONTAINE/G. VINEY, préc., 2001, 822-825.

Le nouveau droit conserve uniquement la condition du délai supplémentaire, sans exiger une déclaration de refus de la prestation et a, par ailleurs, tenté de simplifier la situation. Désormais, dans un contrat synallagmatique, le créancier peut, pour tous les cas d'inexécution, demander la résolution. Cependant, la mise en œuvre de ce droit dépendra toujours de conditions différentes, compte tenu de la nature de la violation du contrat. Ainsi, le nouveau droit, même si le législateur a entendu créer un fondement unique et unitaire dans le nouveau § 323 du BGB, pose des conditions différentes pour la résolution en cas de retard et d'exécution défectueuse (§ 323, al. 1^{er} BGB), en cas de violation d'une obligation de sécurité (§ 324 BGB) et en cas d'impossibilité (§ 326, al. 1^{er} du BGB). Dans ce dernier cas, le droit allemand continue même de raisonner en termes de résolution de plein droit (*ipso facto avoidance*), car la loi elle-même prévoit que le débiteur, qui n'est pas tenu d'exécuter selon le § 275, al. 1 à 3 du BGB, perd le droit de réclamer la prestation due par le créancier (§ 326, al. 1^{er}, du BGB). La mise en œuvre objective des § 323, al. 1^{er}, et § 324 BGB est analogue à celle de la responsabilité contractuelle, même si la résolution, qu'ils envisagent, est indépendante de la faute. La résolution pour le manquement à une obligation de sécurité est ainsi soumise à l'évaluation du caractère insupportable de la continuation de l'exécution pour le créancier, § 324 BGB¹⁴¹, ce qui correspond aux conditions posées par le § 282 BGB¹⁴². De même, d'une manière analogue au § 281, al. 1^{er} BGB, le § 323, al. 1^{er} du BGB soumet la résolution pour exécution tardive ou défectueuse à l'expiration infructueuse d'un délai supplémentaire¹⁴³. Or, la fixation du délai est, dans le cas des hypothèses visées par l'alinéa 2 du nouveau § 323 BGB¹⁴⁴, superflu compte tenu du comportement du débiteur (al. 2, n°1) des stipulations du contrat (al. 2, n°2) ou selon d'autres circonstances (al. 2, n°3).

Le droit allemand préserve ainsi la distinction entre les différentes catégories d'inexécution déjà observée pour le droit de la responsabilité. La

¹⁴¹ § 324 BGB *Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs.2 Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs.2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.*

¹⁴² V. par ex. St. LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, p.184, n° 365.

¹⁴³ § 323. Résolution pour inexécution ou exécution défectueuse. (1) Si le débiteur d'un contrat synallagmatique ne fournit pas la prestation échue ou ne la fournit pas conformément au contrat, alors le créancier peut résoudre le contrat, s'il a, sans succès, fixé au débiteur un délai raisonnable pour l'exécution ou la correction.

¹⁴⁴ § 323 (2) La fixation d'un délai est superflue, si 1. Le débiteur refuse l'exécution de manière sérieuse et définitive 2. Le débiteur n'a pas fourni la prestation à la date fixée par le contrat ou durant le délai imparti et si le créancier a, dans le contrat, lié le maintien de son intérêt à une exécution ponctuelle. 3. Il existe des circonstances particulières qui fondent une résolution immédiate après mise en balance des intérêts des deux parties.

comparaison avec le droit uniforme rejoint alors celle des conditions objectives de la responsabilité¹⁴⁵. Une différence dans le raisonnement du droit allemand par rapport au droit uniforme reste cependant notable.

b) Un raisonnement inversé entre droit allemand et droit uniforme

A première vue, la résolution en droit uniforme, à laquelle le législateur allemand s'est expressément référé¹⁴⁶ est soumise à une condition autre que l'expiration infructueuse du délai au sens du § 323, alinéa 1^{er} du BGB. En effet, les art. 49, al. 1^{er}, et 64, al. 1^{er}, CVIM¹⁴⁷, art. 9:301 PECL¹⁴⁸ et article 7.3.1 PICC¹⁴⁹ soumettent le droit de résolution à la condition d'une inexécution essentielle. L'expiration infructueuse d'un délai supplémentaire d'exécution est seulement envisagée en second lieu en tant que solution de remplacement, lorsque l'inexécution ne revêt pas un caractère essentiel.

En suivant les indications données par les PECL¹⁵⁰ et les PICC¹⁵¹ pour la détermination du caractère essentiel de l'inexécution, on retrouve cependant des considérations analogues à celles qui, en droit allemand, enlèvent la nécessité du délai supplémentaire. Une inexécution est ainsi

¹⁴⁵ Pour la comparaison V. *supra* sous II.A.

¹⁴⁶ V. *BT-Drucks.* 14/4060, pp. 180-182.

¹⁴⁷ Pour l'acheteur : Art. 49 CVIM: (1) L'acheteur peut déclarer le contrat résolu : a) si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat ; ou b) en cas de défaut de livraison, si le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire imparti par l'acheteur conformément au paragraphe 1 de l'article 47 ou s'il déclare qu'il ne les livrera pas dans le délai ainsi imparti. Pour le vendeur: Art. 64 CVIM: (1) Le vendeur peut déclarer le contrat résolu : a) si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat; ou b) si l'acheteur n'exécute pas son obligation de payer le prix ou ne prend pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire imparti par le vendeur conformément au paragraphe 1 de l'article 63 ou s'il déclare qu'il ne le fera pas dans le délai ainsi imparti.

¹⁴⁸ Art. 9:301 PECL préc.

¹⁴⁹ Art. 7.3.1 PICC préc.

¹⁵⁰ Art. 8:103 PEC (Inexécution essentielle) L'inexécution d'une obligation est essentielle lorsque (a) la stricte observation de l'obligation est de l'essence du contrat ; (b) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pas pu raisonnablement prévoir ce résultat ; (c) ou l'inexécution est intentionnelle et donne à croire au créancier qu'il ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par l'autre partie.

¹⁵¹ Art. 7.3.1 PICC (...) 2) Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes: a) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat ; b) la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat ; c) l'inexécution est intentionnelle ou téméraire ; d) l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution du contrat ; e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat.

jugée essentielle en droit uniforme, lorsque (a) l'inexécution prive la partie lésée de ce qu'elle pourrait attendre du contrat, sauf si l'autre partie ne pouvait prévoir ce résultat; (b) l'obligation inexécutée est de l'essence du contrat; (c) l'inexécution est intentionnelle ou due à une imprudence ou (d) donne raison à croire à la partie lésée qu'elle ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par l'autre partie. En contrepartie, doivent aussi être prises en compte les conséquences subies par la partie défaillante suite à la résolution du contrat (e)¹⁵². En somme, les critères du droit uniforme pour déterminer le caractère essentiel de l'inexécution semblent être comparables à ceux de l'exception du droit allemand qui joue en présence de « circonstances particulières justifiant la mise en oeuvre immédiate de la résolution à la réparation, après mise en balance des intérêts » (§ 323, al. 2, n°3 du BGB). En droit allemand, une telle appréciation a pour conséquence de fonder la résolution même sans fixation de délai supplémentaire préalable. Il rejoint alors l'inexécution essentielle du droit uniforme.

Pour la mise en oeuvre de la sanction de résolution, le raisonnement du droit allemand adopté lors de la réforme est alors inverse à celui du droit uniforme. Tandis que ce dernier soumet la résolution principalement à la condition d'une inexécution essentielle, le premier impose en principe un délai supplémentaire, destiné à protéger le débiteur défaillant. Or, le droit uniforme exige ce délai supplémentaire dès que l'inexécution n'est pas essentielle. A l'inverse, le droit allemand décharge le créancier de ce devoir (*Obliegenheit*) en cas d'une inexécution essentielle¹⁵³. Ces différences n'ont pas de répercussions notables sur le plan pratique, car, selon les deux corps de règles, il incombe au créancier, soit de prouver le caractère fondamental de l'inexécution, soit d'attendre l'échéance du délai supplémentaire¹⁵⁴. La différence semble être réduite à une question de politique juridique : les textes du droit uniforme soulignent le droit du créancier, le nouveau droit allemand, quant à lui, la protection du débiteur.

Ce raisonnement en faveur du débiteur rejoint la tendance observée en droit allemand pour la responsabilité contractuelle. Un autre point fort de cette tendance est la réglementation des conséquences de la résolution. La réforme est en effet venue entièrement modifier ces conséquences, en

¹⁵² La question semble être résolue d'une manière légèrement différente par les PECL. V. Commentaire in O. LANDO/H. BEALE, *Principles*, Art. 8:103, 364-366.

¹⁵³ Dans ce sens également P. SCHLECHTRIEM, « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, 25 et s. qui parle d'un simple « effet optique » de ménagement pour le débiteur (« *optische Schonung des Schuldners* ») favorisé par le nouveau droit allemand (en conformité avec le droit suisse des obligations).

¹⁵⁴ Dans les deux systèmes il est donc préférable pour le créancier d'infliger un délai supplémentaire au débiteur en cas de doute sur le caractère fondamental de l'inexécution.

particulier lorsque le mécanisme des restitutions réciproques s'avère impossible¹⁵⁵.

B. - *L'impossibilité de restitution exclut-elle la résolution ?*

L'innovation du droit allemand quant aux conséquences de la résolution concerne la possibilité de résoudre, lorsque le titulaire du droit de résolution ne peut pas restituer le bien reçu lors de l'exécution du contrat. Afin d'apprécier cette innovation, il est nécessaire, en premier lieu, de connaître la solution antérieure du droit allemand et de comparer, en deuxième lieu, la nouvelle réglementation au droit uniforme.

a) *La situation équivoque sous l'ancien droit allemand*

Sous l'ancien droit allemand, la solution du problème n'était pas unitaire et dépendait essentiellement de l'interprétation difficile de deux règles sur la restitution. En effet, l'ancien § 350 du BGB prévoyait que le droit de résoudre le contrat n'était pas exclu si le bien que le créancier devait restituer était perdu suite à un cas fortuit (*Zufall*)¹⁵⁶, alors que selon l'ancien § 351 du BGB, toute impossibilité de restitution due à la faute du créancier excluait la résolution¹⁵⁷. Les deux dispositions étaient jugées peu convaincantes, car le privilège du § 350 du BGB était inadapté dans les cas où le titulaire du droit devait supporter le risque de la chose, dont il était propriétaire. Pour les mêmes raisons, la référence à la faute dans le § 351 du BGB était jugée injuste, car avant la résolution, le débiteur propriétaire de son bien n'avait aucune obligation de le préserver ou de le traiter avec soins¹⁵⁸. Ces problèmes relatifs au texte de la loi ont engendré au sein de la

¹⁵⁵ V. J. HAGER, « Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs » in ERNST/ZIMMERMANN, 2001, 429-453 ; D. KAISER, « Die Rechtsfolgen des Rücktritts nach der Schuldrechtsreform » JZ 2001, 1057-1070 ; St. LORENZ, « Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf », in R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 329-355.

¹⁵⁶ § 350 *Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist.*

¹⁵⁷ Ce qui valait aussi dans les hypothèses des anciens § 352 et 353 : Ancien § 352 : « La résolution est exclue lorsque l'ayant droit a changé la chose reçue en une chose d'une autre espèce soit par son façonnage, soit par sa transformation ». Ancien § 353 : « (1) Si l'ayant droit a aliéné l'objet reçu ou une partie importante de ce dernier ou s'il l'a grevé d'un droit au profit d'un tiers, la résiliation est exclue lorsque celui qui a acquis cet objet en vertu de l'acte de disposition remplit les conditions du § 351 ou du § 352. (2) Est assimilé à un acte de disposition émanant de l'ayant-droit toute disposition prise par voie d'exécution forcée ou de procédure de saisie, ou par l'intermédiaire du <syndic d'insolvabilité> ».

¹⁵⁸ Pour ces critiques (avec références), V. DisKE p. 414 et s. De même, BT-Drucks. 14/ 4060, 191-193.

doctrine la proposition d'un bon nombre d'interprétations différentes¹⁵⁹, solution peu satisfaisante pour la sécurité juridique.

b) La solution en faveur du débiteur de la restitution dans le nouveau droit allemand

Le nouveau § 346 BGB énonce désormais de manière plus claire que toutes les fois où la restitution d'un bien antérieurement reçu est impossible, le débiteur de cette restitution doit rembourser le créancier par équivalence. En effet, le § 346, al. 2 du BGB dispose qu'« à la place de la restitution, le débiteur est tenu de rembourser la valeur de la prestation dans la mesure où : 1. la restitution est exclue eu égard à la nature de la prestation reçue; 2. il a consommé, aliéné, grevé, travaillé ou transformé l'objet reçu; 3. l'objet reçu a été détérioré ou perdu; toutefois, ne sont pas prises en compte les détériorations résultant d'une utilisation conforme ». Ainsi la possibilité même de la résolution n'est plus remise en question par l'impossibilité de la restitution qu'elle soit due à un cas fortuit ou à une faute¹⁶⁰.

Outre la disparition de cette distinction saluée à l'unanimité par la doctrine¹⁶¹, le nouveau droit est allé encore plus loin, en disposant notamment que « l'obligation de réparation par équivalence disparaît (...) 3. lorsque, dans l'hypothèse d'un droit légal de résolution, la détérioration ou la perte intervient chez le titulaire du droit, bien que ce dernier ait observé la diligence qu'il aurait apporté à ses propres affaires » (§ 346, al. 3, n°3 du BGB)¹⁶². Le titulaire d'un droit de résolution légale pourra donc demander la résolution du contrat, sans se voir exposé à la nécessité d'indemniser le créancier de l'obligation de restitution de la chose et cela même dans le cas d'un comportement légèrement négligeant (*leicht fahrlässig*), si ce comportement correspond aux soins habituellement observés dans ses propres affaires. Le législateur allemand explique ce privilège par la nécessité de trouver une issue au dilemme de répartition du risque entre les deux parties. Il ressort des travaux préparatoires que ce dilemme doit être

¹⁵⁹ Pour un exposé des tendances, V. DiskE, p. 415 et s.

¹⁶⁰ La CVIM est désormais plus restrictive que le nouveau droit allemand, car l'acheteur continue de supporter le risque de la chose dans tous les cas où l'inexécution par le vendeur n'est pas essentielle (V. art. 66 et 70 CVIM; pour un résumé plus exact de la situation V. P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2^e éd., 2003, p. 146, n° 224) ; V. aussi P. SCHLECHTRIEM, « International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht », in B. DAUNER-LIEB/H. KONZEN/K. SCHMIDT, 2003, 77 et s.

¹⁶¹ H. HEINRICHS in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 62^e éd., 2003, § 346, n° 13.

¹⁶² Pour une explication de cette notion, V. p. ex. D. KAISER, « Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform », *JZ* 2001, 1063.

tranché en faveur de celui qui a, en vertu des règles légales, résolu le contrat suite à une inexécution par l'autre partie¹⁶³.

La doctrine a souligné le caractère extraordinaire de cette décision, qui n'a pas de pendant ni dans d'autres droits européens ni dans le droit uniforme¹⁶⁴. Les Principes Unidroit et les PECL prévoient en effet que la résolution du contrat n'est pas exclue, si la chose à restituer s'est détériorée ou perdue, mais que le débiteur doit payer une somme correspondante à la valeur de la chose en contrepartie de la restitution¹⁶⁵. En revanche, les textes du droit uniforme ne différencient pas en fonction du droit de la résolution et ne prévoient pas la disparition de l'obligation d'indemnisation¹⁶⁶. Pour cette question, le nouveau droit allemand constitue donc - selon P. Schlechtriem - « apport de discussion moderne »¹⁶⁷.

Or, compte tenu du manque d'indulgence témoigné par le droit uniforme envers le débiteur défaillant, cette solution du droit allemand en faveur du débiteur ne saurait servir d'exemple pour le premier. En effet, comme nous l'avons vu, même si les conditions de la résolution sont quasiment identiques dans les deux corps de droit, l'octroi du délai supplémentaire comme condition de la résolution en droit uniforme ne vise pas la protection du débiteur défaillant. Ce dernier répond, en tous les cas,

¹⁶³ Ainsi BT-Drucks. 14/4060, p. 196.

¹⁶⁴ St. LORENZ, « Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf », in : R. SCHULZE/H. SCHULTE-NÖLKE, 2001, 344 et s. *Contra* P. SCHLECHTRIEM, « Der Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts », *IHR* 2001, 17 et s. qui souligne le caractère succinct de la réglementation actuelle du droit uniforme et qui s'explique par le manque de discussion approfondie de la question sous un angle comparatif. Très critique, D. KAISER, « Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform », *JZ* 2001, 1063. Il semble que la législation de protection du consommateur en matière de démarchage à domicile (l'ancien *HaustürwiderrufG*, aujourd'hui intégré en § 312 jusqu'au § 312f du BGB) soit à l'origine de la conception, ainsi H. HEINRICHS, Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62^e éd., 2003, § 346 n° 13.

¹⁶⁵ Art.9:309 PECL (Recouvrement pour une prestation insusceptible de restitution) Après résolution du contrat, la partie qui a effectué une prestation insusceptible de restitution, et pour laquelle elle n'a pas reçu paiement ou une autre contrepartie, peut obtenir une somme raisonnable correspondant à la valeur qu'a eue la prestation pour le co-contractant ; art. 7.3.6 PICC (Restitution) 1) Après résolution du contrat, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. Si la restitution en nature s'avère impossible ou n'est pas appropriée, elle doit, si cela est raisonnable, être exécutée en valeur. 2) Toutefois, lorsque l'exécution du contrat s'est prolongée dans le temps et que le contrat est divisible, la restitution ne peut avoir lieu que pour la période postérieure à la résolution.

¹⁶⁶ La condition d'indemnisation « *whenever reasonable* » (art. 7.3.6 PICC) ne peut servir à cette fin, car selon le commentaire des Principes Unidroit : « *The purpose of specifying that allowance should be made in money 'whenever reasonable' is to make it clear that allowance should only be made if, and to the extent that, the performance received has conferred a benefit on the party claiming restitution* ».

¹⁶⁷ P. SCHLECHTRIEM, « Der Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts », *IHR* 2001, 17s « *moderner Diskussionsbeitrag* ».

des dommages déjà subis par le créancier, tandis que le droit allemand, qui a préservé la mise en demeure pour l'attribution des dommages et intérêts et le délai supplémentaire en tant que condition régulière de la résolution, entend donner une deuxième chance au débiteur avant de le sanctionner. La comparaison du régime de la résolution en droit allemand et en droit uniforme rejoint alors les observations relatives à la responsabilité contractuelle.

CONCLUSION

Pour conclure, on peut soutenir que le maintien des concepts traditionnels en droit allemand par rapport aux solutions du droit uniforme qu'il a en principe adoptées est motivé par un souci de protection du débiteur défaillant contre une responsabilité ou une résolution jugées inévitables dans certaines circonstances.

Le résultat est un mariage original entre certaines spécificités du droit allemand général traditionnel des troubles de l'exécution et les conceptions empruntées au droit uniforme et donc issues d'un travail d'harmonisation légale supranationale, parfois éloignées des conceptions initiales du BGB. Par conséquent, le nouveau droit allemand des troubles de l'exécution constitue à certains égards un mélange de deux systèmes juridiques. Il partage cette qualité avec la proposition d'un « Code européen des contrats », élaborée par l'Académie des privatistes européens¹⁶⁸, ce texte intégrant des éléments de divers ordres juridiques¹⁶⁹. Si on voulait vraiment ériger la modernité d'un texte de droit en critère de la critique juridique¹⁷⁰, ne devrait-on pas dire que compte tenu de ce mélange le nouveau droit allemand des troubles de l'exécution est un droit moderne ?

¹⁶⁸ V. Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats, Avant-projet*, coordinateur G. GANDOLFI, Milan, Giuffrè, 2004.

¹⁶⁹ L'avant-projet de « Code européen des contrats » intègre également des éléments de différentes traditions légales ; V. par ex. F. STURM, « Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches », *JZ* 2001, 1097-1102. Une analyse détaillée est donnée par H. J. SONNENBERGER, « Der Entwurf des Europäischen Vertragsgesetzbuches der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein », *RIW*, 2001, 409-416. Pour l'histoire et un aperçu des différentes initiatives sur le plan européen, V. K.-H. LEHNE / A. M. HAAK, « Quo Vadis Europäisches Schuldrecht? » in B. DAUNER-LIEB / H. KONZEN / K. SCHMIDT, 2003, 41-59.

¹⁷⁰ V. note 5.